

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Marzo 11 de 1887, las diez del día.—Vistos: A la demanda or la que don José Félix Crespo ha exigido entrega judicial del fundo "Santa Rosa", comprado a don Ignacio Lizaraburo, ha reconvenido este señor, en contestación la nulidad, rescisión y resolución del contrato de venta del fundo, por las causales que reza el escrito del folio 24, entre ellas por la insuficiencia del poder que su esposa doña Mariana Checa le confirió para esa venta. Como el fallo sobre entrega de la cosa vendida, está subordinado al que se dicte cuanto a la validez o subsistencia del contrato de compra-venta, se hace preciso, aun que sea alterando el orden, decidir antes acerca de la reconvenición, y para verificarlo se considera: 1º Que los procuradores judiciales de que trata la sección 1, Tit. 2º, Lib. 1º del Código de enjuiciamientos en materia civil, son mandatarios con poder para sólo presentarse en juicio, como actores o demandados: 2º Que por esta razón, y por disponer clara y terminantemente el Art. 231 del propio Código, los poderes extendidos ante jueces de parroquias que disten más de cinco leguas de la cabecera del cantón, habilitan a los apoderados sólo para comparecer en juicios de mayor cuantía, que no para desempeñar como mandatarios un cometido distinto: 3º Que, en consecuencia, el poder, folios 19 y 20, otorgado por doña Mariana Checa en Tocachi ante su Juez civil, no ha concedido igualmente al señor Lizaraburo facultad para, en representación de su esposa, hacer la venta del fundo "Santa Rosa": 4º Que aunque el cargo que es objeto del mandato puede hacerse entre otros modos, por instrumento privado (Art. 2110 del Código Civil, y aunque para el objeto de la venta, se repite instrumento privado el poder susodicho, no son admisibles en juicio escrituras privadas, cuando las leyes requieren instrumentos auténticos: 5º Que, a no constituirse por instrumento auténtico el mandato para los actos que tengan de otorgarse por escritura pública no habría caso alguno en que fuese necesaria dicha escritura como prueba del mandato; y, por lo mismo, el precitado artículo queda la sin aplicación, cuanto a su última parte: 6º Que teniendo de manifestarse por escritura pública el consentimiento de los contratantes en la compra-venta de bienes raíces, por escritura pública, es decir, por poder conferido ante escribano, debe también el vendedor manifestar su voluntad para que otro le represente en ese contrato: 7º Que por faltar aquel poder, no ha intervenido la señora Checa en la venta de su fundo, ni consentido en ella, siendo su consentimiento tan esencial, que, sin él, no ha podido verificarse el contrato (Art. 1744 del Código últimamente citado: y 8º Que la voluntad con que la señora concurrió pidiendo autorización judicial para vender los terrenos de "Santa Rosa", no puede suplir la indispensable para la venta misma, ora porque la ley exige para esta, que no para obtener el permiso judicial, la voluntad de la mujer casada; ora porque después de alcanzado el permiso, puede el dueño del inmueble, si lo quiere, no hacer uso de él, y negar su consentimiento para la venta. Por estos fundamentos, y de acuerdo con lo dispuesto en los Arts. 1744, 1672 y 1673 del Código Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se declara nula la venta del fundo "Santa Rosa", hecha por don Ignacio Lizaraburo.

ro a don José Félix Crespo: y por lo mismo, sin lugar la demanda de este señor contra aquel. Sin costas.—Ricardo B. Espinosa.—Francisco Paz.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Junio 23 de 1891, a las dos.—Vistos: se considera: 1º Que la venta de bienes raíces de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, no puede hacerse sino observada las formalidades que exigen los Arts. 1744 del Código Civil y 1032 a 1035 del de enjuiciamientos en la misma materia: 2º Que la información con la cual se obtuvo la sentencia que se lee a folios 15, 16 y 100 no justifica haberse cumplido con esas formalidades ya que no aparece que la enjuiciación de "Santa Rosa", era útil o necesaria a sólo Mariana Checa de Lizaraburo: 3º Que dicha sentencia no tiene fuerza de cosa juzgada, porque, además de expedida en juicio de jurisdicción puramente voluntaria, ella sólo concurre, en casos como el presente, como una solemnidad legal para la validez del contrato; de modo que no obsta para que se declare la nulidad de él, cuando en su celebración no se han guardado las solemnidades que la ley requiere: 4º Que la demanda, o sea la reconvenición de folios 24, está dentro del término señalado en el Art. 1681 del Código Civil, para solicitar, como se solicita, la rescisión del contrato: y 5º Que no se nota en el proceso omisión alguna sustancial que cause nulidad. Por tanto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley se confirma con costas la sentencia de la cual se ha apelado. Devuélvase.—José J. Estupiñán.—Leopoldo Pino.—D. Hidalgo.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Marzo 13 de 1900, las cuatro de la tarde.—Vistos: Aliento el Art. 1744 del Código Civil, en el contrato de compra-venta que ha motivado el presente litigio debió intervenir Mariana Checa, personalmente o por medio de procurador; y como no ha intervenido en persona, y el poder conferido a su esposo que el Juez parroquial de Tocachi es insuficiente, desde que su consentimiento debía constar por escritura pública, resulta que el enunciado contrato es nulo. Por tanto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma, con costas el auto de que se ha recurrido. Devuélvase.—León Espinosa de los Monteros.—Manuel Montalvo.—B. Albán Mestanza.—Victor Orellana.—Rafael N. Arcos.

La doctrina consignada en las fallos de primera y tercera instancia, en lo tocante a la necesidad de que el consentimiento de la mujer conste en escritura pública, muy conforme al sistema de nuestra legislación sustantiva y al espíritu de las disposiciones en ellos citadas, fue cambiada, por razones de equidad y conveniencia, en las

...sio 1º del Art. 51, que quedó, s incisos. Síguese que el inciso s resoluciones que se den, con- quí se deduce, claramente, que le del recurso de queja. Con- ríejo debió limitarse a devolver para conocer del punto que le el auto de fojas 7, cuaderno 2º, le se declarara, disponiendo vuel- al citado auto de fojas 7. Las t. 411 del mencionado Código, expresada Corte. Devuélvase. o.—Pérez.

149, pág. 2428)..

jueces de primera y se- e, en la edición de 1907, cisos, en vez de hacerlo ferencia del inciso final ca al primero. En la edi- rocaación, como lo adver-

)

ra transigir.

ucheli contra Justiniano

cláusula especial para 2430 del Código Civil y debe otorgarse con las so- undos de dichos Códigos.

necesitamos transcribir a prop. 288 y el caso 52.

CASO 41

No se necesita cláusula especial para sustituir.—Reserva de esa facultad por el mandante.

En el juicio Sánchez Velasteguí se resuelve:

1º—Que de haberse reservado el mandante la facultad de sustituir el poder, no se sigue ni puede seguirse, que le esté prohibido ese acto al procurador; y 2º—Que para esto, es preciso que así se haya expresado, desde que la facultad de sustituir, como comprendida entre las generales de la procuración, no siquiera requiere cláusula especial.

Texto de los fallos:

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Febrero 25 de 1913, las cuatro de la tarde.—Vistos: Interpuesto por Elías Velasteguí recurso de apelación de la sentencia de fojas 87 y 88, que declara sin lugar la excepción de estar solucionado el crédito demandado, se observa: 1º Que habiendo sido propuesta la demanda por Simón Gottlieb, como apoderado sustituto de Oscar Alexander, debe considerarse antes de todo, el valor legal de la sustitución hecha por Alberto S. Offner, apoderado directo del demandante, ya que, en la contestación a la demanda le fué negada a Gottlieb la personería: 2º Que el poder de Alexander a Offner, en 28 de Enero de 1888 se lee textualmente: "le autoriza para practicar todas las diligencias que favorezcan los intereses del mandante quien podría sustituir y revocar etc." es decir el mandante que es al que se refiere el relativo quien; lo que equivale a negar expresamente al mandatario esa facultad, puesto que cualquiera otra interpretación se basaría únicamente en suposiciones contrarias al texto de la referida escritura: 3º Que, aun en el caso de ser válida la sustitución del 10 de Noviembre de 1908, hecha por Gottlieb, esa debe considerarse como revocada por la escritura de 21 del mismo mes y año, en la que el sustituyente Offner dijo: "que todos los demás mandatos, no anotados en los exceptuados, los consideraba nulos y de ningún valor ni efecto"; ya que también es poder una sustitución de poder con las facultades concedidas por el poderdante: 4º Que tanto por no habérsele concedido a Offner facultad para hacer sustitución como haberla éste revocado en la fecha indicada, Gottlieb no tuvo personería para demandar ni menos facultad legal para endosar a Jaime Puig Verdagner el crédito demandado; lo que se corrobora aun más por el escrito presentado a fojas 83 por Oscar Alexander, que no ha sido impugnado oportunamente por la parte contraria, y que demuestra la verdadera intención del supuesto demandante; y 5º Que aun aceptando la personería

de Gottlieb, hay que convenir en que a éste no le era potestativo ceder el crédito materia del juicio, sin haber tenido para ello autorización expresa, de acuerdo con lo preceptuado por los Arts. 2119 y 2120 del Código civil que señalan los casos en que el mandante confiere naturalmente al mandatario poder para efectuar ciertos actos de administración e indican como debe entenderse la facultad de obrar del modo que más conveniente le pareciere al mandatario. Por tales consideraciones, y tomando en cuenta las disposiciones del Art. 400 del Código de enjuiciamientos civiles, en su parte enunciativa y en su inciso segundo, se declara nulo el proceso a cargo del Juez de primera instancia, ya que se ha seguido el juicio sin personería por parte del apoderado sustituto que propuso la demanda.—Villavicencio.—Salmon.—Yépez.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 22 de Julio de 1914, a las dos de la tarde.—Vistos: De que Oscar Alexander se hubiese reservado la facultad de sustituir el poder de fojas 7-8, no se sigue, ni puede seguirse, que le estaba prohibido ese acto al procurador; pues, para esto, era preciso que así se hubiese expresado, desde que la facultad de sustituir, como comprendida entre las generales de la procuración, no siquiera requiere cláusula especial. La revocación de poderes del instrumento de fojas 21-22, si bien se extiende a todos los no exceptuados por Alberto S. Offner no comporta el que se revocó la sustitución de fojas 7-8, ya que el mencionado instrumento se refiere a los poderes conferidos para la representación personal de Offner, la que nada tiene que ver con el ejercicio del que, otorgado por Alexander fué sustituido, legítimamente, en Simón Gottlieb. Y consideraba la validez de la procuración de éste, la cesión por valor recibido, hecha a Jaime Puig Verdagner del crédito cuyo pago se demandaba, es cesión que no obsta, para los efectos del procedimiento, a que el respectivo cesionario exija el pago mediante la vía ejecutiva, sin que contradiga a esto, por absolutamente extemporáneo, la oposición manifestada por Alexander en su escrito de fojas 83. Dedúcese, de lo expuesto, que no son legales los fundamentos aducidos, por la Corte de Guayaquil, para declarar, como ha declarado, la nulidad del proceso; y, por lo mismo, revocado el auto de fojas 114-115, se dispone que la Corte falle acerca de lo principal. Devuélvanse. Cárdenas.—Cueva.—Pino.—Escudero.—Páez.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera N° 64, pág.1748).

La facultad de sustituir entra, en verdad, según nuestro sistema legal, en las funciones ordinarias del mandatario, considerándose la tácitamente otorgada por el mandante que nada ha dicho de modo expreso respecto de delegación o sustitución. Tal es el tenor y espíritu de nuestra ley, conforme con la francesa, como lo manifestamos en la prop. 273. La voluntad del mandante es, y no

puede menos que ser, la norma y el límite de las atribuciones del mandatario.

Ahora bien, si el mandante expresa en la escritura del mandato, que él se reserva la facultad de sustituir, no hemos de entender que la retiene para sí y no la concede al mandatario?... Esta es una cuestión de hecho, es decir, de mera interpretación de la voluntad del mandante; mas nos parece evidéntísimo, indiscutible, que si de modo expreso o tácito, ha dado a conocer el mandante su intención de no conceder tal facultad al mandatario, éste no la tiene ni puede ejercerla.

CASO 42

Desistimiento en un incidente.—No es necesario cláusula especial para desistir en un incidente.

En el juicio mortuario de Manuel Vicente Enríquez, una de las partes desistió en tercera instancia; y el Ministro de semana pronunció esta providencia:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Noviembre 21 de 1900, la una de la tarde.—No ha lugar el desistimiento que antecede, por cuanto el peticionario no tiene poder especial para desistir.—*Montalvo*.

Se pidió revocación; y el mismo Ministro dijo:

Quito, Noviembre 19 de 1900 las doce del día.—Quien por falta de cláusula especial, no puede desistir de la acción en lo principal, tampoco puede de ninguno de los actos o incidentes del juicio, por cuanto estos tienden al éxito del pleito y pueden influir en la decisión final. Por tanto, se niega la revocación.—*Montalvo*.

Se recurrió al Tribunal; y éste revocó el decreto, diciendo:

Quito, Diciembre 13 de 1900, las dos de la tarde.—Vistos: Atento el Art. 56, N° 3° del Código de Enjuiciamientos Civiles, el apoderado necesita de cláusula especial para desistir del pleito, esto es, de la acción o el recurso en lo principal, y no de sus incidentes; y como no pueda darse a las disposiciones legales mayor extensión que las que ellas mismas tienen, se revoca el decreto de que se ha recurrido, dictado en

la causa mortuoria de Manuel V. Enríquez. Devuélvase.—*Albón Mesanza.—Pino.—Paez.—Mino*.

("Gaceta Judicial", Serie Primera. N° 94, pág. 748).

Cuanto a la doctrina aplicada en este fallo, nos referimos a lo expuesto sobre la prop. 288, al comentar el inciso 3° del Art. 56.

CASO 43

El Procurador Municipal no puede desistir.

En el juicio del Concejo Municipal de Quito contra el doctor Rafael Barba se declara:

Que las facultades del Procurador Municipal son las ordinarias de los mandatarios judiciales; y que por lo mismo, dicho funcionario no puede desistir sin autorización especial del Concejo.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 2 de 1899, a las nueve de la mañana.—Vistos: De la inspección ocular practicada por el Juzgado, en 25 de Octubre último, y del informe del perito corriente a fojas 12, aparece que la obra denunciada por el señor Procurador Síndico Municipal, doctor Manuel María Narango no causa perjuicio alguno al Concejo Municipal su representado. En esta virtud, y por lo expuesto a fojas 15, por el mismo Procurador, puede el señor doctor Rafael Barba Jijón continuar libremente su obra sin fianza de ninguna especie, pues, se da por fenecido el juicio; pero responsable de las costas respectivas el precitado señor Procurador Síndico, por haber obrado con temeridad.—*Gutierrez*.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Junio 11 de 1900, las tres y media.—Vistos: El escrito de fojas 15 contiene un verdadero desistimiento de la acción entablada a fojas 1; y como a virtud de dicho escrito, se declaró concluido el juicio por el auto apelado, el inferior no debió conceder ningún recurso, ya que tal providencia causó ejecución, conforme a lo dispuesto en los Arts. 445 y 447 del Código de enjuiciamientos civiles. Según esto, la Corte carece de jurisdicción; por lo tanto, devuélvase el proceso.—*Román.—Reyes V.—Solano de la Sala*.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Abril 26 de 1901, las dos p. m.—Vistos: Las facultades que al Procurador Municipal concede el Art. 57, N° 1°, de la Ley respectiva, son las ordinarias atribuidas por el Código de enjuiciamientos civiles al mandatario judicial; y, por lo mismo, atentos los Arts. 56, 433 y 444 del propio Código, el expresado Procurador no puede desistirse del pleito, si para ello no tiene autorización especial de la Corporación. Por otra parte, el desistimiento, aún supuesta la autorización dicha, carece de valor, si no ha sido reconocido en la forma legal. En el caso, no consta del proceso que al Procurador Municipal, doctor Manuel María Naranco, hubiese tenido autorización del Municipio para desistirse del juicio que puso contra el doctor Barba Jijón, por obra nueva, ni aparece que estuviese reconocido el escrito de desistimiento. En esta virtud, se revoca el auto de que se ha recurrido, y se declara que el desistimiento es ineficaz. Devuélvase.—*Albón Mestanza.—Espínosa de los Monteros.—Montalvo.—Cárdenas.—Páez.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, N° 19, págs. 151 y N° 88, pág. 702).

Nuestra opinión sobre este punto consta en el estudio de la prop. 295, al comentar el Art. 56.

CASO 44

El apoderado de la Municipalidad necesita autorización para desistir.

En el juicio de la Municipalidad del Cantón Sucre contra Manuel Navia, se resuelve:

Que para desistir necesita el procurador cláusula especial en el poder, y que, en el presente caso, no la tiene en el suyo el apoderado de la Municipalidad.

El fallo no dice sino lo siguiente:

Quito, Noviembre 25 de 1912 a las cuatro y media de la tarde.—Vistos: No faculta el poder de fojas 188 al doctor don N. Clemente Ponce para desistir del recurso; y atento el Art. 56, N° 3° del Código de enjuiciamientos civiles, se deniega el desistimiento.—*Villagómez.—Montalvo.—Albón Mestanza.—Cárdenas.—Cueva.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 150, pág. 1199).

No hay ningún otro dato en la "Gaceta Judicial"; mas por la naturaleza del caso, es de suponer que el poder fue otorgado por el Procurador Municipal; y claro que este funcionario, que según hemos visto en el caso precedente (caso 43), no tenía facultad de desistir, sin especial autorización del Concejo, tampoco podía conferir la apoderado que debía representar en Quito, ante la Corte Suprema, a la Municipalidad.

El mandatario en Quito era, para ese efecto, mero sustituto o delegado del Procurador Municipal; y ningún mandatario puede conferir al sustituto atribuciones o facultades de que él carece.

Por tanto, nada hubiera importado el que en el poder conferido al doctor Ponce, se hubiera consignado la facultad de desistir, si para ello no hubiera autorizado el Concejo a su Procurador. Véase la prop. 295.

CASO 45

El Procurador Municipal no puede confesar.—Es mero mandatario y carece de las atribuciones del Art. 56.

En el juicio Gómez de la Torre con la Municipalidad de Quito, expidieron las resoluciones siguientes:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Febrero 3 de 1915, a las diez de la mañana.—Vistos: Ya por sí misma, ya por las explicaciones que posteriormente ha dado el señor Alberto Gómez de la Torre, respecto de la demanda que ha propuesto contra la Municipalidad de este Cantón, resulta clara esa demanda y determinada la causa del derecho que en ella se reclama; por lo cual, se rechazan las excepciones deducidas por el señor Procurador Síndico suplenente cuya personería se declara legítima legalmente. Y por cuanto el doctor Francisco Alberto Darquea no es parte en este juicio, revócase el decreto proveído el 26 de Enero próximo. Sin costas.—*F. López A.—Campuzano.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Abril 23 de 1915, las cuatro de la tarde.—Vistos: No son fundadas las excepciones propuestas a fojas 3; pues la demanda de fojas primera es suficientemente clara ya que se refiere al remate del impuesto al aguardiente para el presente año, hecho por el actor el día 16 de

Enero y en la suma de sesenta mil quinientos sures, determinaciones que singularizan y distinguen el impuesto rematado. También está determinada la causa de la acción, esto es, el remate expresamente alegado, y el derecho consiguiente cual es el de percibir el impuesto rematado. Por tanto, siendo legal la primera parte del auto de fojas 12 vuelta, de que ha apelado el doctor Borja, se la confirma. Respecto de la segunda parte de dicho auto, se considera: el doctor Alberto Darquea no ha dejado de ser Procurador Síndico Municipal por el nombramiento de suplente, conferido al doctor Luis F. Borja, con el que interviene en este juicio. Y como el primero, en su carácter de representante legal del Municipio es el llamado a declarar o confesar sobre los hechos jurídicos que han precedido a este litigio, ya que es imposible que lo haga el Municipio, como persona jurídica o abstracta, deducese que aun cuando el doctor Darquea no ha intervenido en este juicio, el actor puede exigirle su confesión, porque el Municipio a quien representa es la parte demandada, y su representante legal, es quien puede exponer la verdad de los hechos jurídicos en que, como tal representante, ha intervenido. Por tanto, se revoca la segunda parte de dicho auto sometido, en esta instancia por adhiérentimiento del actor. Sin costas. Devuélvase.—Enríquez A.—Carrera Andrade.—Román.

TERCERA INSTANCIA

Quito, a 22 de Septiembre de 1915, a las tres de la tarde.—Vistos: No es legal el fundamento en virtud del que la Corte Superior de Quito resuelve que el Procurador Municipal doctor Alberto Darquea, como representante legal del Concejo, preste la confesión pedida por el actor; pues, atento el Art. 536, inciso 2º, del Código Civil, no es aplicable al caso el Art. 540 del propio Código, sino el Art. 46, N° 1, de la Ley de Régimen Municipal, según el cual el Procurador Síndico es sólo mandatario de la Municipalidad, con las únicas atribuciones que la propia ley le señala; y, por lo tanto, cuando interviene en juicio, ha menester autorización especial para absolver posiciones, conforme al Art. 56 del Código de enjuiciamientos civiles; autorización que no aparece haberle sido concedida al procurador doctor Darquea. Por tanto, se revoca en esta parte el auto recurrido, y se lo confirma en lo demás. Devuélvase.—Cárdenas.—Cueva.—Andrade Marín.—Escudero.—Pérez.

VOTO SALVADO

Quito, Septiembre 22 de 1915, a las tres de la tarde.—Vistos: Conforme con lo dispuesto en el N° 1º, Art. 45 de la ley de Régimen Municipal, el Procurador Síndico no sólo tiene la función de representar en juicio al Concejo, sino que ejerce la *Personería de la Municipalidad* (palabras del artículo). Es representante legal; y como tal no está incluido en las prohibiciones que la ley establece para el especial mandato que tienen los procuradores judiciales. Por este fundamento y los del auto de segunda instancia, se lo confirma con costas. Devuélvase.—Adolfo Pérez.—Cárdenas.—Cueva.—Andrade Marín.—Escudero.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, N° 104, pág. 2066).

Nuestra opinión en este punto consta en el estudio de la prop. 295, al comentar el Art. 56.

CASO 46

El Procurador Municipal puede ratificar lo hecho a su nombre.

En el juicio del Concejo Municipal de Quito contra el doctor Ricardo Donoso, resuelve el Tribunal Supremo, confirmando el fallo de la Corte Superior de Quito, que revocó el de primera instancia:

Que se podía litigar con oferta de poder o ratificación del Procurador Municipal, y que con la ratificación de este funcionario, quedaba debidamente legitimada la personería.

Los fallos son del tenor siguiente:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, a la una de la tarde del día 26 de Marzo de 1917.—Vistos: Los funcionarios públicos deben ejercer sus funciones por sí mismos y no por medio de otras personas; ya por la naturaleza de ellas, ya también porque son elegidos o nombrados en atención a sus condiciones personales. Por consiguiente, los procuradores municipales, aunque representen a las municipalidades con el carácter de mandatarios, no tienen, de las facultades de los mandatarios, aquellas que son incompatibles con este carácter propio de las funciones encomendadas a los funcionarios públicos, el de ser indelegables, el de no poder ejercerse por medio de otros individuos. No tiene, pues, el doctor Luis Chaves personería legítima para intervenir en este juicio; por lo cual se anula el proceso, y se ordena que se lo reponga al estado en que estuvo cuando debió proveerse respecto del escrito en que aquel doctor se mostró parte el 21 de este mes: la reposición se hará a costa del Alcalde que ordenó que se contase con el doctor Chaves, en el decreto del propio día (Arts. 400 y 403 del Código de enjuiciamientos civiles).—López Arleta.—Ponce.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Julio 17 de 1917, las tres p. m.—Vistos: En la causa seguida por el Procurador de la Municipalidad de Quito contra el doctor Ricardo

Donoso Ch., por cumplimiento de una transacción, para resolver acerca de la apelación interpuesta del auto en que se declara la nulidad por ilegítima personería del doctor Luis Chaves, se considera: 1º Que el doctor Chaves ha gestionado en la causa a nombre del Procurador Municipal doctor Gonzalo S. Córdova, de quien ha ofrecido poder o ratificación: 2º Que si bien los Procuradores Municipales no pueden delegar sus funciones, tal imposibilidad ha de entenderse respecto de aquellos actos especiales que atañen al desempeño de funciones públicas —como serían las detalladas en los números 3, 4, 5 y 6 del Art. 46 de la Ley de Régimen Municipal, mas no en lo que respecta al ejercicio de la representación que les corresponde en los juicios, como mandatarios de las Municipalidades, en cuyo carácter tienen las facultades de éstos; y 3º Que la administración de Procuradores que gestionen a nombre de los Procuradores Municipales, es de práctica constante en los Tribunales, especialmente en el Supremo, en el que han cursado y cursan muchas causas con la intervención de apoderados constituidos por aquellos Procuradores. Por lo expuesto, y por cuanto consta de autos la ratificación ofrecida por el doctor Chaves, se revoca la providencia apelada, declarando que no existe la nulidad pronunciada por el interior. Devuélvase.—Borroero.—Villacreses.—Correa.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 4 de 1918, a la una de la tarde.—Vistos: Ninguna disposición legal prohíbe al que, en lo concerniente a la procuración judicial del Síndico Municipal, pueda intervenir, a nombre de éste, otra persona en el litigio; y lejos de esto, esa intervención se hace necesaria para atender, debidamente, los intereses de los Municipios. Así, presentada la ratificación del Síndico respecto de las gestiones del doctor Chaves, ellas son válidas; y, en consecuencia, no existe el motivo de nulidad aducido en el auto de fojas 19-20. Se confirma, con costas, el de fojas 34-35, expedido por la Corte de Quito. Devuélvase.—Pino.—Cárdenas.—Peñaherrera.—Albán Mestanza.—Páez.

Quito, a 25 de Junio de 1918, a las dos de la tarde.—Vistos: La condena en costas, cuya revocación se solicita, está arreglada al Art. 396, parte primera, del Código de enjuiciamiento en lo civil. Se deniega, por lo tanto, la solicitud de fojas 53.—Pino.—Cárdenas.—Peñaherrera.—Albán Mestanza.—Páez.

Lo de que no haya ley que prohíba el poder o ratificación del Procurador Síndico, nada significa en el caso; pues lo que debía investigarse es que si había ley que lo permitiese, como lo manifestamos al tratar de la prop. 296, en su parte final, con relación al Art. 66.

Cuanto a que esa manera de gestionar pueda dar a veces facilidades para el desempeño del cargo de Procurador Síndico, sí es verdad; pero eso sólo no autoriza pa-

ra cambiar la doctrina legal, tanto más cuanto esa misma facilidad puede dar lugar a inconvenientes y abusos de graves consecuencias.

Cierto también que, según nuestra ley, es de la naturaleza del mandato su delegabilidad; pero el mero hecho de que al representante judicial de la Municipalidad se le llame **Procurador** y al de la Beneficencia **Personero**, no atañe a la esencia de la cosa, ni quita el que la representación que esos funcionarios ejercen sea una verdadera función pública, como es la del Agente Fiscal que representa el interés social, ora en los procesos penales, en que acusa al reo, ora en los civiles, en que defiende al fisco.

No conocemos ningún otro caso en que se haya discutido y resuelto este punto; y respetando como es de nuestro deber, la autorizada palabra de los Tribunales, nos inclinamos, por ahora, al fallo de primera instancia, formulado por el docto juriconsulto que lo suscribe como asesor, conforme a la doctrina que expusimos al comentar la susodicha prop. 296.

CASO 47

El Presidente del Concejo no puede absolver posiciones.

En el juicio de la Municipalidad de Alausí contra N. Fiallo, por resolución de un contrato, dice el Tribunal Supremo, confirmando lo resuelto en las dos instancias anteriores:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Junio 26 de 1917, a las tres de la tarde.—Vistos: La confesión sólo puede pedirse a la parte, o a su representante legal, o a su mandatario con poder que contenga cláusula especial al respecto; y como el Presidente del Concejo no tiene ninguna de las calidades expresadas, es legal el auto recurrido. Se lo confirma con costas. Legalizado este papel, devuélvase.—Cárdenas.—Andrade Marín.—Pino.—Páez.—Estupiñán.

("Gaceta Judicial", Serie Tercera, Nº 172, pág. 2613)

Como el punto jurídico es muy claro, no necesitamos comentarlo.

CASO 48

El Presidente de la República no puede absolver cómo tal.

En el juicio de Rafael Valdéz contra el Fisco, se resuelve:

Que si bien el Ejecutivo ha celebrado el contrato sobre que versa el litigio, no por esto debe absolver; ya porque de lo primero no se sigue, legalmente, lo segundo; ya porque del propio contrato consta que lo ha celebrado como mandatario de la Nación, y no está el mandatario llamado por nuestra legislación positiva a absolver, si carece de facultad; ya en fin, porque el Ejecutivo, en carácter de tal, no lo tiene, ni por la Carta Política, ni por la prenombrada legislación.

Los fallos dicen:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Abril 26 de 1909, a las tres de la tarde.—Vistos: El término para contestar a la demanda propuesta por los sucesores de Rafael Valdéz contra el Poder Ejecutivo, no ha corrido; ya porque las citaciones a los doctores Escudero y Andrade Marín no tienen valor, en razón de no estar por ellos suscritas (Art. 104 del Código de Enjuiciamientos civiles); ya porque al doctor J. Aurelio Villagómez no se le ha citado el decreto de traslado, fojas 3, como era de rigor, atento el Art. 115 del propio Código. En consecuencia, se revoca el decreto de que se ha recurrido, y se manda devolver los autos al señor Ministro Presidente, para que se cite la demanda al demandado, en la forma legal.—Montalvo.—Villagómez.—Albán Mestanza.—Cueva.—Salazar.

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Julio 19 de 1909, a la una de la tarde.—Demandada en este juicio la Nación, el Presidente de la República no es parte, ni se trata de algún interés personal suyo. No ha lugar su absolución y siga corriendo el término probatorio, suspendido desde que se la pidió.—Cardenas.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 21 de 1909, a las tres y cuarto de la tarde.—Vistos: Sobre ser estrictamente legales los fundamentos de la providencia expedida por el señor Ministro Presidente del Tribunal el 19 de julio pasado se considera además, que si bien es el Ejecutivo quien ha celebrado

el contrato sobre el que versa el litigio, no por esto debe absolver; ya, porque de lo primero no se sigue, legalmente, lo segundo; ya, porque del propio contrato consta que ha comparecido a otorgarlo como mandatario de la Nación, y no está el mandatario llamado por nuestra legislación positiva a absolver, si carece de facultad; ya, en fin, porque el Ejecutivo, en su carácter de tal, no la tiene ni por la Carta Política ni por la prenombrada legislación. En esta virtud, se confirma, con costas, la expresada providencia. Devuélvanse.—Montalvo.—Albán Mestanza.—Cueva.—Batallas.—Salazar.

VOTO SALVADO

Quito, Diciembre 21 de 1909, a las tres y cuarto de la tarde.—Vistos: Es principio proclamado por la razón, sostenido por los publicistas y estatuido en nuestra Carta Fundamental, que el Soberano representa al Estado y administra sus bienes. Previa esta observación, se considera: 1º Que según consta de estos autos, el señor General don Eloy Alfaro, como representante legal de la República y administrador de sus bienes, celebró, por medio del Ministro de Obras Públicas, con Alfonso Vermien, mandatario de los sucesores de Valdéz, el contrato relativo a la construcción de un Edificio para la Aduana de Guayaquil. El señor General don Eloy Alfaro es, pues, parte en el referido contrato y por consiguiente en este juicio, en el cual se controvierte la resolución del susodicho contrato; 2º Que atento el Art. 1703 del Código Civil, el representante legal puede confesar en juicio; 3º Que del Art. 269 del Código de enjuiciamientos civiles se deduce, que toda persona hábil para comparecer en juicio por sí sola, puede prestar legalmente confesión judicial. No puede revocarse a duda, que el Presidente de la República es persona hábil para comparecer en juicio por sí sólo; por cuanto no está comprendido en la enumeración que hace el Art. 39 del Código últimamente citado; 4º Que a nadie puede impedirse la prueba que no esté prohibida por la ley; y no hoy ley alguna que prohíba al Presidente de la República confesar en juicio. Por consecuencia se revoca el decreto del cual se ha apelado, y se declara que puede absolver en la presente causa el señor General don Eloy Alfaro. Sin costas. Devuélvanse. Manuel B. Cueva.—Leonidas Batallas.—Montalvo.—Albán Mestanza.—Salazar.—Carlos A. Yépez.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 128 pág. 1020).

Por nuestra parte nos referimos a la prop. 295.

CASO 49

Facultades e instrucciones.

En el juicio de Angela P. v. de Arrata contra Andrés Arrata, se resuelve:

Que no es necesario para la validez de la venta de bienes raíces, se inserten en la escritura las instrucciones del mandante al mandatario.

La sentencia dice:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Agosto 2 de 1893, a las dos.—Vistos: Consta el poder inserto en la escritura de fojas 29 que Luis Arrata autorizó a su mandatario para la venta de bienes raíces. En consecuencia y por no haberse probado que dicho mandatario cuando se otorgó la indicada escritura, tuvo conocimiento de la muerte de su causante, fue válida la venta que hizo Andrés Arrata a Luis Roggeroni, y válida también, por lo mismo, la que éste hizo a Baltazara Castillo. Por otra parte no era necesario que en la mentada escritura de fojas 29 se insertasen las instrucciones dadas por el mandante; ora porque en el presente caso, tales instrumentos no eran documentos habilitantes; ora porque ellas aun pudieron ser verbales, y, de su ejercicio, sólo era responsable el mandatario para con el poderdante, sin que nada tuviesen que ver en ello los terceros de buena fe. En esta virtud y no existiendo en los instrumentos de fojas 29 y 39 ninguna nulidad, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se revoca la sentencia de que se ha recurrido, y se confirma la de primera instancia. En cuanto al pago del precio de la casa vendida, como el mandatario está obligado a rendir cuentas de la administración al mandante, en el juicio sobre ellas harán valer las partes sus respectivos derechos en orden a dicho precio. Devuélvase.—Julio Castro.—Vicente Nieto.—Manuel M. Salazar.—Julio B. Enríquez.—Alejandro Cárdenas.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 108, pág. 860).

En cuanto a la diferencia entre facultades e instrucciones, nos referimos a la prop. 266.

CASO 50

El Defensor de ausentes no puede apelar.

En el juicio sucesorio de Isabel Bermeo se resuelve:

Que el Defensor de ausentes no puede interponer apelación, y que si, concedido dicho recurso, conoce de él la Corte, carece de jurisdicción y es nulo lo obrado ante ella.

Dice la sentencia:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 22 de 1912, a las tres de la tarde.—Vistos: El recurso de apelación sólo pueden interponerlo las personas determinadas en el Art. 375 del Código de enjuiciamientos civiles; y por lo mismo, no podían apelar del auto de 8 de Mayo próximo pasado el Defensor de ausentes. La Corte Superior de Cuenca conoció, pues, sin jurisdicción del expresado Tribunal, y se declara la nulidad de lo obrado, a costa del expresado Tribunal, desde la foja 5 del segundo cuaderno. Devuélvase.—Montalvo.—Albón Mestanza.—Cárdenas.—Cueva.—Uguallas.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda N° 144 pág. 1151).

Consignamos en este lugar la resolución transcrita, porque, según el Art. 207 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Defensores Públicos tienen las mismas obligaciones que los procuradores, **en cuanto les sea análogo**; y, según el Art. 57 de este Código, los procuradores están obligados, entre otras cosas, a interponer oportunamente los recursos legales.

Creemos, pues, que si el Defensor Público interviene en la causa en calidad de **parte**, como debe hacerlo el de Menores, según el Art. 1079, es indudable que podría y aun debería en ciertos casos interponer los recursos legales. Y tal vez lo mismo debería decirse del Defensor de Ausentes, en casos como el del Art. 707 (Véase la prop. 281).

CASO 51

Muerte del demandado mandante, antes de la citación de la demanda, y ratificación de los herederos.

En el juicio de Francisco Schmidt contra el apoderado de Manuel Gual, se resuelve, revocándose el fallo de segunda instancia:

1°—Que, aun cuando una persona haya instituido procurador para un juicio, si la demanda contra ella se propone después de su fallecimiento, deberá notificarse a sus herederos y no a dicho procurador; 2°—Que a pro-cederse de otro modo, adolece de nulidad el proceso, a

menos que los herederos ratifiquen los actos del apoderado de su antecesor; y 3º.—Que no anula el juicio la falta de ratificación de una solicitud que ha sido rechazada, si el solicitante no ha vuelto a intervenir en la causa.

Texto de la sentencia:

SEGUNDA INSTANCIA

Quito Abril 23 de 1901, a la una de la tarde.—Vistos: De los términos del libelo de fojas primera, aparece claramente que la demanda de nulidad de sentencia se dirigió contra Manuel Gual, favorecido con ella en el juicio que propuso por medio de su personero Ramón F. Moya contra el actual demandante Francisco Schmidt, por pensiones de arrendamiento de una casa. No obstante, el traslado con la demanda no se ha notificado a Gual, sino a Moya, y éste ha intervenido en todas las diligencias posteriores. Se ha omitido, pues, respecto del demandado Gual, la primera solemnidad sustancial determinada en el Art. 607 del Código de enjuiciamientos en materia civil, y las demás propias del juicio ordinario, ya que para nada se ha contado con él. No se diga que Moya ha gestionado como apoderado de Gual, ora porque con este carácter no ha sido notificado con la demanda, ni la ha contestado, ora porque por lo dicho no estuvo en el deber de legitimar su personería ni la ha legitimado tampoco con poder de los herederos de Gual como habría sido preciso, una vez que, por su fallecimiento anterior al presente pleito, no es admisible en este el poder de fojas 24. Rafael A. Pomo ha comparecido a fojas 7, y no ha legalizado su comparecencia con poder o ratificación de Francisco Schmidt. Por esas consideraciones, se anula el proceso a costa del asesor que ha aconsejado, se repone al estado de citarse con la demanda del folio primero a los herederos de Manuel Gual. Devuélvase.—*Estupiñán. Batallas.—Paz.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Diciembre 2 de 1891, a las dos.—Vistos: La demanda de fojas primera fue propuesta después del fallecimiento de Manuel Gual, por lo que debió notificarse con ella a la heredera, y no a Ramón F. Moya, apoderado del mentado Gual en el juicio a que se refería dicha demanda; pero la falta de esa solemnidad se ha subsanado con la ratificación de todos los actos del expresado Moya, hecha por la heredera en esta instancia. Tampoco puede reputarse nulo el presente juicio por no haber ratificado Schmidt el escrito de fojas 17; pues desechada la recusación como extemporánea, no volvió Rafael Antonio Romo a intervenir de ninguna manera en la causa. Por estas consideraciones, se revoca el auto de que se ha recurrido, y se ordena que la Corte Superior falle sobre lo principal. Devuélvase.—*Castro.—Salazar.—Niño.—Espinoza.—Portilla.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 16, pág. 128).

Esta doctrina nos satisface más que la contraria, adoptada por el Tribunal en el caso 27, como allí manifestamos.

CASO 52

Para transigir se necesita poder especial, con especificación de las cosas sobre las cuales ha de versar la transacción.

En el juicio Cueva - Valdivieso, sobre nulidad de transacción, se resuelve:

1º.—Que por la transacción se hace el abandono de una pretensión o de un derecho que se cree tener, y ello importa, por esto, una disposición o una enajenación de este derecho; 2º.—Que no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción; 3º.—Que de aquí se sigue que para transigir, a nombre de otra persona, se necesita poder especial suyo, con indicación de los bienes, derechos y acciones sobre que debe versar la transacción; 4º.—Que, de otra suerte, resultaría que el mandatario pudiera usar a su voluntad de la facultad de transigir sin consideración a los Arts. 2118, 2129 y 2147, y también a su voluntad disponer de los bienes de su mandante; lo cual es inaceptable; 5º.—Que si el mandatario dispone de bienes ajenos, sin facultad para ello, el acto de la transacción no tiene valor legal.

Por la importancia del asunto vamos a transcribir las tres sentencias, refiriéndonos, por lo demás, a las propns. 265, 267 y en especial a la 288, en que comentamos el inciso 1º del Art. 56, como también al caso 40 de Jurisp. en que hemos tratado esta cuestión.

PRIMERA INSTANCIA

Cuenca, Agosto 4 de 1919, lunes, las once del día.—Vistos: La señora Mercedes Cueva V. demanda la nulidad absoluta de la transacción que el doctor Miguel Díaz C. celebró como procurador suyo, con el señor José Félix Valdivieso, el 7 de Abril de 1919, relativamente a las aguas de las tomas baja y alta que tiene para beneficio de su predio Monay, por los

motivos aducidos en el libelo de fojas 1ª y 2ª. El demandado contestar: que dicha transacción no adolece de nulidad alguna, absoluta ni relativa, por cuanto el procurador de la actora se hallaba debidamente autorizado para efectuarla, y porque ella no contiene venta de ninguna cosa raíz; y reconviene a la demandante por el pago de doscientos sucres, multa estipulada en esa transacción, caso de su quebrantamiento. Para resolver esta contienda, se considera: 1º Que, si bien por la transacción puede terminarse un litigio pendiente o preverse un litigio eventual (Art. 2428 del Código Civil), es evidente que, cuando uno u otro se hace por medio de mandatario, necesita éste de poder especial (Art. 2430 de id.). 2º Que en el poder conferido por la actora al señor doctor Miguel Díaz C. (copia de fojas 16) la facultad de transigir está limitada al juicio para el cual se le confirió ese poder y a los que posteriormente propusieren contra el mismo señor Valdivieso; de suerte que no pudo ejercerla para preaver juicios eventuales, sino para terminar el litigio pendiente y los que pudo haber propuesto: 3º Que el juicio para el cual se le confirió dicho poder al doctor Díaz C. fue relativo tan sólo a las incidencias de una de las servidumbres de que goza el predio de la actora, como aparece de la copia de fojas 17 y 18: 4º Que esto no obstante, el procurador doctor Díaz C., extralimitándose—con laudable intención, sin duda—de los términos de su procuración, ha transigido dicho juicio, no sólo por lo que respecta a la toma baja, sino también en lo que mira a la toma alta, que no fue materia de él, dándole al señor Valdivieso derecho para usar de sus aguas durante tres días en cada semana, por doscientos sucres que paga a la señorita Cueva V.; y 5º Que, aunque el doctor Díaz C. hubiera tenido facultad para transigir respecto de ambos acueductos, versando la mayor parte de la transacción sobre el derecho a usar de las aguas de uno y otro, o sea sobre su dominio, no pudo efectuarse, válidamente, ningún arreglo al respecto sino mediante escritura pública. Por estas consideraciones, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de conformidad con las disposiciones legales contenidas en los Arts. 9566, inciso 2º, 1435, Nº 1º, 1791, inciso 2º y 2430 del Código Civil, se declara con lugar la demanda, esto es, que es nula la transacción a que se refiere, siendo innecesario, por tanto, ocuparse respecto de la reconvencción. Sin costas.—Benjamín Cordero.—Cuenca, Agosto 11 de 1919. Me conforme.—Franco.—Muñoz V.

AMPLIACION

Cuenca, Agosto 21 de 1919, las ocho a. m.—Autos y Vistos: La sentencia resolvió todos los puntos controvertidos; sin que signifique omisión alguna el no haberse ordenado en ella que se le devuelvan al reo los doscientos sucres recibidos por la actora con motivo de la transacción cuya nulidad se ha declarado. Cuando el fallo llegue a tener fuerza de cosa juzgada, adquirirá derecho las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallaban si no hubiese existido dicha transacción, como lo expresa el Art. 1677 del Código Civil; mas pendiente el recurso de apelación interpuesto respecto de la sentencia, sería anticipar

los efectos de su ejecución dar acogida a la ampliación solicitada. Por lo que se la declara sin lugar y se niega asimismo lo pedido en el tercer párrafo del escrito de este folio, por intempestivo. Sin costas. Concédese el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el demandado respecto de la sentencia, para ante la Corte Superior de Justicia, a cuyo despacho se elevarán los autos, a la brevedad posible, dejándose copia del fallo recurrido, a costa del recurrente, quien consignará, en el día, el papel y los derechos necesarios para la elevación del proceso, bajo apercibimiento de apremio. Quedan también apercibidas las partes en rebeldía, para usar de su derecho ante el Superior. Por hecho el adhirimiento, de parte de la señorita demandante, téngase por concedido el recurso de apelación aún por lo que respecta a la parte del fallo en que se absuelve al demandado del pago de las costas de esta instancia. Ensenécese a la señorita Cueva V. la planilla ordenada en el decreto anterior, para los efectos legales.—Muñoz V.—Cordero.

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, 13 de Enero de 1920, las dos de la tarde.—Vistos: Para sentenciar en esta instancia el juicio propuesto por Mercedes Cueva Valdivieso contra José Félix Valdivieso, sobre nulidad de la transacción con que terminaron en 7 de Abril de 1919 el juicio sobre las incidencias de la servidumbre de acueducto, correspondiente a la acequia baja que, arrancando de la quebrada de "Mal Paso", va por el fundo de "Monay" de Valdivieso al fundo del mismo nombre, de la actora, se consideró: 1º, que en el contrato de transacción hay lugar a distinguir entre los bienes, derechos y acciones que constituyen el objeto mismo del contrato, y que son aquellos sobre que versa el litigio pendiente o ha de versar el eventual, y los bienes, derechos o acciones que constituyen el objeto de las concesiones que se hacen los transigentes, para llegar a la conclusión; 2º, que en los casos en los cuales la transacción se haya de hacer por medio del mandatario, el poder especial de que habla el Art. 2430 del Código Civil ha de contener la especificación de los bienes, derechos o acciones sobre que se quiera transigir, esto es, la especificación de las cosas sobre que se litiga o se va a litigar, mas no la de aquellas que acaso lleguen a constituir el objeto de las concesiones recíprocas de las partes; 3º, que el citado artículo del Código Civil, al no hablar sino de las primeras, deja que el mandatario se atenga, respecto de las segundas a lo dispuesto por el Art. 2121 del mismo Código en el cual se establece que la recta ejecución del mandato comprende no sólo la subestancia del negocio encomendado, sino también los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo, medios que en la transacción son precisamente esas concesiones recíprocas; 4º, que el doctor Díaz Cueva, que intervino en la transacción de que se trata a nombre de la demandante, tuvo poder especial de ésta para transigir el juicio sobre las incidencias de aquella servidumbre, como se ve del instrumento en cuya copia obra al folio 16 de los autos de primera instancia; 5º, que en dicho poder están especificadas las cosas sobre las cuales podían transigir, esto es, está claramente expresado que el objeto de la transacción

ridad a la liquidación, de acuerdo con el Art. 2157 inciso 2º del Código Civil, aplicable por analogía.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Guayaquil, Junio 14 de 1911, las diez a. m.—Vistos: Entrando a conocer del incidente suscitado a fojas 702, se considera: que no hay constancia alguna en autos de que se haya promovido incidentes de esta naturaleza: que por las ejecutorias de la Corte Suprema se ha declarado legítima la personería del doctor Polemón Monroy, con los poderes que para ello ha acompañado: que además de según el referido doctor Monroy sigue el presente juicio por derecho propio, según consta por las letras endosadas a su favor por valor recibido, cuyas traducciones corren de fojas 149 a 151: que las disposiciones invocadas por el apoderado de los demandados en el escrito que antecede, no son aplicables al presente caso. Por tanto, se declara sin lugar y con costas lo solicitado en el escrito de fojas 702. *Habilítense al sello correspondiente todos los folios que no lo estén.—Alcivar.*

SEGUNDA INSTANCIA

Guayaquil, Diciembre 18 de 1911, las cinco p. m.—Vistos: Suscitado a fojas setecientas dos, el incidente de personería, por haber sido puesta en liquidación la sociedad Anónima, de los Antiguos Establecimientos Cail, a cuyo nombre ha gestionado como Procurador en este juicio el doctor Polemón Monroy; el Interior, para decidir el punto controvertido, expidió la resolución que corre a fojas setecientas cincuenta y cinco. Esto considerado y estudiados los autos, se observa: 1º que por el hecho de estar disuelta una sociedad o compañía, continúa subsistiendo para los efectos de la liquidación: 2º que si bien es cierto que los liquidadores representan a la compañía en liquidación, de ello no puede deducirse legalmente que, terminan las funciones del Procurador constituido con anterioridad a la liquidación: y 3º que aún suponiendo que por la liquidación referida hubiese terminado la sociedad en cuyo nombre ha gestionado el doctor Monroy; ello no extinguiría el mandato que ha ejercido: de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 2157 inciso segundo del Código Civil, aplicable por analogía al presente caso. Por tanto, se confirma, con costas, el auto venido en apelación.—*Gómez Rendón.—Borja.—Huerta.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Septiembre 20 de 1912, a las tres de la tarde.—Vistos: Atentamente las dos primeras consideraciones del auto expedido por la Primera Sala de la Corte Superior de Guayaquil a fojas 767, consideraciones legales y arregladas a los méritos del proceso; se confirma, con costas, ese

auto. Devuélvanse.—*Villagómez.—Montalvo.—Albón Mestanza.—Cueva.—Cárdenas.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, Nº 146, pág. 1166).

Véanse las proposiciones 276, 279 y 295.

CASO 54

Revocación del mandato y comparecencia personal del mandante.

En el juicio de Agustín Vásquez contra Daniel Palacios, se declara:

Que por la palabra personalmente que emplea el Art. 62, no se ha de entender el acto material de presentarse ante el juez o en el lugar del juicio la persona que revoca el poder, sino que tal presentación la haga en nombre propio, esto es, por medio de solicitud por la misma parte.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Cuenca, Julio 14 de 1884, a las diez a. m.—Vistos: La representación del doctor Daniel Palacios respecto de su comitente ha cesado desde que el señor Manuel Ludeña Ullaui ha salido personalmente al juicio, revocando el poder que tenía conferido al primero. En esta virtud y por cuanto el cargo por costas no es adeudamiento personal del Procurador, sino tan sólo una responsabilidad que gravita sobre él, mientras conserve el carácter de tal (sólo el caso de renuncia); se declara, que el mandamiento de apremio, librado para el pago de las costas procesales, debe entenderse directamente con el expresado señor Ludeña Ullaui, a cuyo efecto se le citará al señor Alguacil Mayor con esta providencia, quedando en este sentido aclarado el decreto de 7 del presente. En cuanto al incidente sobre tercería, se recibe la causa a prueba con el término de quince días comunes y con todos cargos.—*Crespo.—Malo.*

REVOCACION

Cuenca, 25 de Septiembre de 1884, a las diez.—Vistos: El incidente sobre personería para el efecto de las costas suministra las consideraciones siguientes: 1º Que con anterioridad a la revocación del poder,

se ha solicitado y concedido el pago de costas del Procurador del señor Manuel Ludeña Ullauri, y, por tanto, declarado de cargo y adeudamiento del señor Daniel Palacios. Ahora bien, si le fue facultativo al actor pedir el apremio por las costas del procurador o del mandante, según lo preceptuado en el Art. 1143 del Código de enjuiciamientos, y el Juez ha librado el apremio contra el procurador, es evidente que la revocación del poder no pudo surtir otro efecto, que el de retirar la representación para poder seguir gestionando en esta causa, mas no el de relevarle del cargo y responsabilidad del pago de costas, que ya era adeudamiento del procurador y contra quien aún no se había librado la respectiva boleta de apremio: 2º Que se presume que el señor procurador ha debido contar con las expensas necesarias para el pleito, o hacer valer sus derechos contra el demandante, puesto que éste está obligado a suministrarlas, según lo detallado en el Art. 235 del Código de Enjuiciamientos: 3º Que el auto del 14 de Julio en que se declara que el pago de costas es de cargo y adeudamiento del ejecutado, está en contradicción con lo anteriormente providenciado, y que además carece de ejecutoria por haberse solicitado la revocación, sin que el Juzgado haya proveído nada acerca de ella. Por tanto, revocándose en esta parte el auto en referencia, se declara ser de cargo del procurador el pago de las costas, que liquidadas ascienden a la cantidad designada en la boleta de apremio que corre a fojas 169, con mas las posteriormente impendidas en este incidente. En cuanto al recurso de apelación interpuesto por el tercerista, dentro del término, se le concede para ante la Excmo. Corte Superior de Justicia de esta provincia. En consecuencia, previa citación y emplazamiento de las partes, elévense los autos, bajo apercibimiento de estrados. Se previene al apelante que consigne el papel y dinero necesarios para que se eleven los autos, apercibido que de no hacerlo se librará la boleta de apremio.—Crespo.—Figueroa.

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Diciembre 17 de 1884, a la una.—Vistos: La remisión de un escrito como el de fojas 146, desde el lugar en que se halla ausente el mandante, no es su concurrencia personal al juicio, para que la revocación del poder pudiera surtir sus efectos, en conformidad con el Art. 239 del Código Civil de Enjuiciamientos. Resuelto lo contrario por el Juez inferior en el decreto de 7 de Julio, su resolución no llegó a ejecutoriarse por no haberse citado con ella a Manuel Ludeña Ullauri, no obstante la prevención de que con él se entendieran las diligencias del juicio. Tampoco produce ejecutoria la declaración de fojas 150, puesto que se funda en el mismo decreto de fojas 146 vuelta; por manera que bien se ha podido revocar, en el auto apelado, el decreto y aclaratoria expresados que contenían disposiciones contrarias a la ley. Por tanto, se declara que es el doctor Daniel Palacios quien debe continuar con el carácter de Procurador, sujeto al pago de costas y a todos los deberes de su cargo, mientras no cese legítimamente en su ejercicio. En cuanto al término de prueba en el juicio de tercería, como desde el 14 de Julio se ha introducido la solicitud para que se declare parte al doctor Pal-

cios, y no a Ludeña Ullauri, es claro que no ha corrido un solo día del expresado término probatorio, el que principiará y continuará, desde cuando el Juez inferior haga citar a las partes con la ejecutoria que resuelva quienes deben concurrir al juicio legítimamente. Resuellos en los términos anteriores los puntos apelados, sin costas, devuélvase.—Corral.—Arizaga.—Davila.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 18 de 1885, las tres.—Vistos: Aparece del proceso que Ludeña Ullauri, mediante el escrito de fojas 146, que se halla, además, reconocido, ha salido personalmente al juicio; pues por la palabra "personalmente", que emplea el Art. 239 del Código de Enjuiciamientos civiles, no debe entenderse el acto material de que se presente ante el Juez o en el lugar del juicio la persona que revoca el poder, sino que tal presentación la haga en nombre propio, esto es, por medio de algún escrito suscrito por la misma parte, como lo ha practicada el mencionado Ullauri en la solicitud citada; en la cual no sólo revoca el poder conferido al doctor Palacios, mas también se ocupa en lo principal de la causa contestando la tercería. Es, por tanto, indudable que la revocación de dicho poder surtió su efecto legal y que, en consecuencia, en el juicio debía intervenir Ullauri, desde la fecha de aquella revocación. Pero no por esto el doctor Palacios ha quedado exonerado del deber de pagar las costas reclamadas, puesto que, aún prescindiendo de la justicia del auto de fojas 172, éste era inapelable, con arreglo al Art. 1151 del citado Código, ya que en virtud de aquel auto quedó vigente el apremio librado. Por tanto, se declara que el indicado poder cesó desde que el mandante sacó a juicio revocándolo: que el referido auto fojas 172 quedó ejecutoriado; y que, en cuanto al término de prueba, debe cumplirse con lo resuelto en el auto de 17 de Diciembre último, por no comprender este punto el recurso. Devuélvase.—Cevallos.—Montalvo.—Borrero.—Enríquez.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 76, pág. 601).

Nos referimos a la prop. 277.

CASO 55

Procurador común.

No están obligados a constituirlo los demandados antes de que contesten a la demanda.

Dice la Corte Suprema, en el juicio de Manuel Luzziaga y Cía. contra los herederos de José Peña:

Quito, Junio 10 de 1893.—Vistos: De lo dispuesto en la parte final del Art. 64 del Código de enjuiciamientos en materia civil, se deduce claramente que no se puede obligar a los reos a que constituyan un procurador común mientras no contesten la demanda. Revócase, por consiguiente, el auto de que se ha recurrido. Devuélvase.—*Espínosa*.—*Casero*.—*Salazar*.—*Rivadeneira*.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 102, pág. 812).

Véase la proposición 282.

CASO 56

Los Representantes legales de Derecho público no necesitan presentar el título de su representación.

La Corte Suprema dijo, en la causa del administrador del Hospital contra Antonio Soasti:

Quito, Diciembre 7 de 1876, a las dos.—Vistos: Los empleados públicos que, por la ley o los estatutos respectivos, tienen derecho de representar en juicio a las personas jurídicas, no necesitan presentar los títulos de sus nombramientos para legitimar su personería. Supuesto lo dicho, etc.

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 45, pág. 359).

Véase la proposición 281.

CASO 57

El curador de la herencia yacente puede representarla en juicio.

En la causa de Luis Medina contra José C. Valencia, se reconoció esta verdad clarísima, en estos términos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Enero 23 de 1909, las tres p. m.—Vistos: El curador representada a su pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones, y administra los bienes de éste, hallándose obligado a la conservación de ellos y a su reparación y cultivo. Siendo de notar que para que el

curador pueda representar al pupilo, es indispensable que la curaduría le haya sido discernida, y para que pueda administrar los bienes es necesario, además, que preceda inventario solemne; por consiguiente, siendo la representación un acto diverso de la administración, es incontestable que habiéndosele discernido el cargo de curador de la herencia yacente al demandado, éste se halla autorizado para ejercer su cargo, representando a la herencia yacente en juicio, siempre que se trate de actos que puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones, cuando el curador no tenga todavía la administración de los bienes. Y aunque se considerara la comparecencia en juicio como un acto de administración, según el Art. 368 del Código Civil, puede el guardador aun antes de que se haga inventario y se le dé la administración de los bienes, tomar parte en ella en cuanto fuese absolutamente necesario. Por lo que, en el presente caso, podía el señor Valencia, aun en el supuesto que acda de hacerse, representar a la herencia en este juicio, ya que no es posible negar la absoluta necesidad de defenderla. Queda así resuelta la primera de las excepciones, etc.

El fallo de segunda instancia se limitó a confirmar el anterior; y el de tercera dijo:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 1° de 1910, a las tres p. m.—Vistos: Considerados los Arts. 363, 380 y 476 del Código Civil, es indudable que el curador de la herencia yacente, discernido el cargo, puede comparecer en juicio por su representación. Por esta consideración, y por la de que, cuando se tratare de hacer efectivo el pago se podrá discutir el punto relativo a los bienes con que deba el curador demandado verificarlo; se confirma, con costas, el auto expedido por la primera Sala de la Corte Superior de Quito el 21 de Mayo próximo pasado. Devuélvase.—*Albán Mestanza*.—*Montalvo*.—*Villagómez*.—*Cueva*.—*Enríquez A.*

("Gaceta Judicial", Serie Segunda, N° 96, pág. 768).

Véanse las proposiciones 281 y 295.

CASO 58

Antes de la aceptación del poder, no puede contarse con el apoderado.

En el juicio del Doctor Manuel María Bueno contra David V. Cevallos, se resuelve:

Que los procuradores son partes desde que se presentan en juicio aceptando el poder que se les hubiere

conferido; y que, por lo mismo, para que presten mérito ejecutivo las copias que deben sacarse con citación contraria, ésta debe hacerse a la persona obligada, mas no al procurador.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Quito, Abril 28 de 1887, las doce del día.—Vistos: La notificación del auto de pago a don Alejandro Freire, se halla arreglada a lo dispuesto expresamente por el inciso tercero del Art. 690 del Código de enjuiciamientos en materia civil, puesto que, probado está, que Freire es procurador judicial de don David Vicente Cevallos, y no le valen, en fuerza de las razones del ejecutante, las que ha alegado aquel procurador a fojas 20 para no entender en este juicio. Como válida aquella notificación, no ha propuesto dentro del término legal otras excepciones que las de la foja citada, las cuales se desechan. Por tanto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se ordena que el ejecutado pague inmediatamente las pensiones de arrendamiento demandadas, o en su caso, se proceda al embargo y remate de la finca hipotecada. Con costas. Y por tanto el escrito de fojas 20 entraña verdadera renuncia del poder, cítese a don David Vicente Cevallos para que por sí o por otro procurador, comparezca en este juicio, entendiéndose que, hasta que esto suceda, continuarán las diligencias con don Alejandro Freire.—*Emilio Bustamante.—Francisco Paz.*

SEGUNDA INSTANCIA

Quito, Junio 1º de 1887, las doce del día.—Citado el procurador del ejecutado con el auto de pago, expuso, en su contestación de fojas 20, que carecía de instrucciones de su comitente; que no podía ejercer el poder, y que no quería hacer uso de él en ningún juicio nuevo. Examinadas estas contestaciones, se observó: que aun cuando la primera pudiera considerársela como una excepción dilatoria de puro derecho, la última constituye más bien una renuncia del poder, renuncia que debió ponerse en conocimiento del mandante, para que, de estar presente, compareciera en juicio, y que no consta de autos su ausencia actual, único caso en que pudo seguirse el juicio con el mandatario; la segunda es una verdadera excepción dilatoria que contiene la afirmación de estar imposibilitado el mandatario para ejercer el poder antedicho; y como esta imposibilidad pudo provenir de cualquier causa, como incapacidad, revocación del mandato u otra, es claro que debió ser justificada por el reo, y, por lo tanto, la causa tuvo de ser abierta a prueba por el juez de primera instancia, quien, al no hacerlo, ha omitido la solemnidad puntualizada en el Nº 3º del Art. 609 del Código de enjuiciamientos. Por estas razones, se declara nulo el proceso, a costa del asesor que ha intervenido en el juicio, desde que la causa estuvo en estado de ser abierta a prueba. Devuélvase.—*Guarderas.*

TERCERA INSTANCIA

Quito, Julio 1º de 1887, a las tres y media de la tarde.—Vistos: Los procuradores son partes desde que se presentan en juicio aceptando el poder que se les hubiere conferido; y desde entonces son legales las citaciones que reciben con sujeción a la ley. Por lo mismo, las copias de las escrituras que deben sacar con citación contraria para que presten mérito ejecutivo, ha de darse con la de la persona obligada y no con la del procurador, como se ha hecho en el presente caso. Por tanto, se reforma el auto recurrido, reponiéndose el proceso al estado de fojas 17 en que debió correrse traslado con la demanda, por no ser ejecutivo el título con que se ha aparejado el presente juicio. Devuélvase.—*Ribadeneira.—Salazar.—Nieto.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, Nº 20, pág. 159).

Esta doctrina está conforme con la que expusimos, al tratar de las proposiciones 267 y 268, y al comentar los fallos de los casos 23 y 24.

CASO 59

Debe contarse en segunda y tercera instancia con el mismo mandatario que figuró en primera? ... Confesión del ex-mandatario del cedente en el juicio del cesionario contra el deudor.

En el juicio del Banco Internacional, cesionario del de Quito, contra el Coronel Euclides Angulo, se expidieron las siguientes resoluciones:

1º—Que ninguna ley prescribe que en segunda y tercera instancia se cuente con los mismos procuradores que intervinieron en la primera, aun cuando comparezcan personalmente los mandantes; 2º—Que tratándose de cesión de derechos o créditos personales, el cesionario representa al cedente; 3º—Que a éste se le considera parte en lo relacionado con la cesión; 4º—Que el cesionario, al hacer valer las acciones cedidas ejercita la representación del cedente; y 5º—Que, en consecuencia, la declaración del cedente vale una verdadera confesión.

El texto del fallo es el siguiente:

TERCERA INSTANCIA

Quito, Enero 11 de 1889, a las dos.—Vistos: Tanto en segunda instancia como en ésta ha comparecido el doctor Francisco Andrade Marín representando al Coronel Angulo, con protesta de legitimar su personería, y, tanto en la una como en la otra, se ha sustentado la causa contando con el primero hasta que el segundo ha ratificado lo obrado y gestionado en persona. Así, no habiendo ley que prescriba que en segunda y tercera instancia se cuente con los mismos procuradores que intervinieron en primera, aun cuando comparezcan personalmente los mandantes, se declara sin lugar la solicitud de fojas 133. En orden a lo principal, se considera: que la Agencia del Banco Internacional ha demandado al Coronel Angulo por los 3.000 dólares e intereses, valor del documento que el Gerente del extinguido "Banco de Quito" ha endosado al Internacional, en 1º de Octubre de 1885: que notificado el coronel Angulo con la demanda, ha propuesto la excepción de no haber recibido el dinero, hecho que resulta cierto; pues reconociendo el cedente la carta de fojas 51 y 52, expresa con juramento: "que siendo Gerente del Banco de Quito, contrató el Coronel Angulo un préstamo de 3.000 dólares, con la garantía de Pedro Rojás, en el mes de Febrero de 1884: que, como formalidad previa, se les hizo firmar el pagaré: que ni antes ni después de esta se entregó el dinero al demandado, ni éste dió orden de que fuese entregado a otra persona: que no obstante haberse oportunamente pedido la devolución del documento, no llegó a devolverse", añadiendo: "que, como el Coronel Angulo no era deudor del Banco de Quito, se advirtió al abogado de ese establecimiento que no tocara con dicho señor; y que, cuando endosó en la Agencia del Banco Internacional los pagarés que tenía el de Quito, tuvo ánimo de recoger el del demandado; pero que fué tal el cúmulo de ocupaciones y el número de los que tenía que endosar, que inadvertidamente y sin voluntad quedó endosado el que debía devolverse, incluyendo el valor de ese pagaré en el saldo de caja que resultare contra la administración". Estas aserciones han sido reñidas, por el procurador de la Agencia del Banco Internacional, por dichos de un testigo singular. Para reforzar tal concepto, opone el epígrafe del parágrafo 4º del Título 1º, Libro 2º del Código de enjuiciamientos en materia civil, la definición de la "confesión" y algunas doctrinas generales. Sobre lo cual se considera, que *testigo* es la persona que depone de un caso que lo presencié o lo oyó de otros, y no quien depone de un hecho propio que le perjudica; pues éste está comprendido en la universalidad de la definición dada en el Art. 348 del referido Código. Además, como el cesionario representa al cedente, éste se considera parte en lo relacionado con la cesión. Así que presta confesión cuando declara no haber existido el crédito cedido. Y no se diga que la ley da derecho al cesionario para pedir que el cedente reconozca o confiese su endoso, y que no le da al deudor el de pedirle confesión para probar, con ella, que ese endoso no podía surtir efecto; pues de que concede expresamente tal derecho al primero, no ha de deducirse que niega al segundo el de pedir

la enunciada confesión, sino lo contrario, puesto que los derechos del actor y los del reo son iguales ante la ley. Por otra parte, si se estableciera que el deudor de un crédito cedido no tiene tal derecho, se admitiría que la ley le había privado de toda defensa en el caso, por ejemplo de que sólo pudiera probar con la confesión del cedente, que ese crédito estaba pagado antes de la cesión, o que provenía de una causa ilícita, o en otros análogos; lo cual es inadmisibles, porque pugna con los principios de justicia universal. En suma, si el Coronel Angulo podía haber deducido contra el Banco de Quito la excepción de que no se le había entregado el dinero y probarla haciendo confesar al Gerente la verdad de ese hecho, también ha podido deducirla en la actual litis, y justificarla por el mismo medio; puesto que el cesionario ocupa el lugar del cedente cuya representación ejercita al hacer valer las acciones cedidas. En mérito de estas consideraciones, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma, con costas, la sentencia recurrida. Devuélvase.—*Luis A. Salazar.—Vicente Nieto.—Leonidas Batallas.*

("Gaceta Judicial", Serie Primera, Nº 132, pág. 1054).

La cuestión considerada en el encabezamiento del fallo de la Corte Suprema —la de no haberse contado en segunda y tercera instancia con el procurador que figuraba en la primera— no ofrece dificultad; pues la regla de que cuando hay procurador en el juicio, se ha de contar con él y no con el mandante (Art. 67), no obsta a que, si al subir el proceso por apelación o tercera instancia, se presenta otra persona ante el superior, con protesta de legitimar su personería, se cuente con ella en las diligencias y trámites posteriores.

Esta protesta obliga al nuevo personero a presentar, bien la sustitución o la ratificación del apoderado anterior, bien una ratificación o nuevo poder del mandante; y con cualquiera de estas cosas, queda legalizada su intervención y válido todo lo obrado.

Aun durante la primera instancia puede ocurrir lo mismo; pues si, habiendo procurador, se presenta otra persona, a nombre del mandante, con la consabida protesta, desde ese momento debe contarse con ella, y no hay nulidad en lo obrado, sino cuando, llegado el caso de la legitimación de la personería del nuevo personero, éste no cumple ese deber.

Esto es de práctica diaria y constante en el foro. La segunda cuestión, la de la confesión del ex-Gerente requiere un breve recuerdo de los antecedentes:—

El Banco de Quito, al disolverse en quiebra cesó todos sus créditos al Banco Internacional, por medio de la respectiva nota de endoso, firmada por su Gerente. El Banco cesionario demandó a varios deudores y entre ellos al Coronel Euclides Angulo, quien contestó alegando no haber recibido del Banco de Quito la cantidad que solicitó y obtuvo declaración jurada del ex-gerente; y el éxito le fue favorable.

Nosotros, sin desconocer la gravedad de las consideraciones aducidas en este fallo, que son, más o menos, las mismas que en otros se han aducido, nos hemos inclinado siempre a la opinión contraria, por las razones que emitimos someramente al estudiar la prop. 288 y al comentar el inciso cuatro del Art. 56, reservándonos para ocuparnos más ampliamente en esta cuestión, cuando, al estudiar la confesión de parte, en la materia de las pruebas, nos ocupemos especialmente en la respectiva proposición del programa.

CASO 60

Desistimiento en un juicio de separación de bienes.

En el juicio Dávila Muñoz con Ordóñez Mata, resuélvese:

Que la mujer que ha propuesto demanda de separación de bienes no puede desistir.

Texto de los fallos:

PRIMERA INSTANCIA

Cuenca, Octubre 28 de 1918, las nueve de la mañana.—Vistos: Por hecha la redargución de falsedad. No puede terminarse por desistimiento el litigio de separación de bienes, entre cónyuges, por prohibición expresa de la ley (Art. 147 del Código Civil, 452, N° 1 del Código de enjuiciamientos civiles y Art. 72, N° 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por estos fundamentos, se niega el desistimiento pedido por la señora Josefina Dávila Muñoz. Legalícese al sello de cuarta clase el papel empleado.—Ochoa Alvear.

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Diciembre 6 de 1918, a las 2 p. m.—Vistos: El juicio de separación de bienes no es de interés puramente individual sino que afecta no sólo a los acreedores de la sociedad conyugal sino también a los acreedores de los cónyuges; y aun establece una especie de capacidad o estado civil en la mujer casada para ejecutar algunos actos sin permiso del marido; y por esta razón, no se puede comprometer la causa en árbitros ni tampoco desistir, según los Arts. 452 del Código de enjuiciamientos civiles y 72 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Además, la ley prohíbe a la mujer renunciar la facultad de pedir separación de bienes (Art. 148 del Código Civil); y nada más fácil para eludir este precepto que proponer un juicio de separación o desistir de él, quedando la mujer impedida de proponer otra vez el mismo juicio contra la misma persona, por disponerlo así el Art. 454 del Código adjetivo, y burlar así la prohibición indicada. Por lo expuesto, se confirma con costas el auto apelado. Devuélvase.—Vásquez C.—Torres.—Farfán.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Agosto 13 de 1919, a las cuatro de la tarde.—Vistos: Aunque por no haberse demostrado el provecho de que el desistimiento prive al reo o a la acreedora Hortensia Mata v. de Ordóñez, no es aplicable, al caso, lo dispuesto en el Art. 452, N° 2º del Código de enjuiciamientos; con todo es legal el auto recurrido, por hallarse arreglado al N° 1º del propio artículo y al 2º del 72 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En esta virtud, se confirma, con costas, el expresado auto. Devuélvase.—Cárdenas.—Albán Mestanza.—Pino.—Vásquez.—Ponce.

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, N° 19, pág. 150).

En este caso no tenemos cuestión alguna de mandato ni de representación legal; pero hemos creído conveniente consignarlo en este lugar, sólo por la referencia que a él hicimos al resolver, en la prop. 295, las diversas cuestiones relativas a los representantes legales, en orden a las funciones extraordinarias puntualizadas por el Art. 56.

Volveremos a tratar este punto al estudiar la separación de bienes.

CASO 61

Expirada la representación antes del juicio, por muerte del representado, pueden ser válidas las gestiones judiciales del representante, en virtud de la ignorancia de éste o de la buena fe del tercero, conforme al Art. 2160.

En el juicio de Agustina León con Epifania Yulán, figuró aquella como curadora de bienes de su marido, siendo así que éste había fallecido antes que comenzase el juicio. Probado este hecho, y por cuanto la curaduría termina por la muerte del pupilo, la Corte Superior de Cuenca declaró nulo el proceso, a costa de la demandante; mas la Suprema revocó el fallo, fundándose en que no constaba de autos que la León hubiese sabido la muerte de su marido, y aplicando el Art. 2160 del Código Civil, en virtud de la analogía entre el mandato y la curaduría.

Los fallos son del tenor siguiente:

SEGUNDA INSTANCIA

Cuenca, Noviembre 14 de 1918, las cuatro de la tarde.—Visitos: Atento los Arts. 810 del Código de enjuiciamientos civiles y el 297 del Civil, aquel que rechace una partida que compruebe el estado civil, debe justificar que dicho documento no se refiere a la persona a quien se pretende aplicarlo, porque el que se presenta tiene la presunción legal de su autenticidad y fuerza, y que corresponde al individuo a quien la partida se refiere. Según estos preceptos legales, Francisco Serrano que impugnó la identidad de la partida de defunción acreditada por la copia del acta de Registro Civil debía probar que aquel testimonio no se refería a José Luis Espinosa, marido de Agustina León, sino a otra persona; prueba que no la ha presentado. Por el contrario el demandado Yulán, a más de que tiene en su favor la presunción legal antedicha, ha comprobado con dos testigos y con la copia de la posesión efectiva en los bienes del citado Espinosa, que la partida de muerte dada por el Jefe de Registro Civil de Santa Rosa, corresponde al mismo Espinosa marido de Agustina León; y como la muerte ha acontecido en Febrero del presente año, resulta que la referida señora León no ha podido proponer demanda a los cuatro meses de muerte el marido, ni con el carácter de curadora de los bienes del ausente marido, ni menos con el de administradora de la sociedad conyugal; porque muerto el esposo se disolvió la sociedad conyugal, y terminó la curatela de los bienes del ausente, atentos los Arts. 119, 1754 y 480 del Código Civil, únicos aplicables a

este caso y no los de contrato de sociedad. Por consiguiente, habiendo propuesto la señora León la demanda con el carácter de curadora de su marido ausente, cuando había terminado su cargo, ha procedido sin personería legítima, y el juicio es nulo por haberse faltado a la solemnidad segunda del Art. 407 del Código adjetivo. En esta virtud, se declara nulo todo el juicio desde la demanda a costa de la demandante, Agustina León. Devuélvase.—Vásquez C.—Torres.—Farfán.

TERCERA INSTANCIA

Quito, Octubre 3 de 1919, a las tres de la tarde.—Visitos: Ninguna prueba se ha presentado contra la autenticidad y pureza de la partida de defunción de José Luis Espinosa: las que se presumen, según lo prescrito en el Art. 296 del Código Civil, y en el 810 del Código de enjuiciamiento civil, y a las que no se opone el haberse omitido la designación del nombre del cónyuge sobreviviente, que no es solemnidad sustancial del instrumento. Tocaba, pues, a quien impugnó dicha partida, probar la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que el documento se refiere, y la persona a quien se pretende aplicarlo (Art. 297 del Código Civil y 810 del de procedimientos); y tan poco se ha presentado esa prueba, ya que no puede tenerse por tal el que en la partida aparezca el nombre de José unido al de Luis ni el haberse omitido la designación del cónyuge sobreviviente; no lo primero, porque es muy común que personas a quienes ordinariamente se les llama con un sobro nombre, tengan varios, que se hacen constar en las partidas de nacimiento y de defunción; no lo segundo, porque aquella designación no es necesaria para que se considere que la partida es relativa a la persona que en ella se menciona, si ésta fue sacada. Ha de tenerse por tanto, como hecho cierto que Luis Espinosa, marido de Agustina León, falleció el 15 de Febrero en Cotacachi, cantón de Santa Rosa, en la provincia de El Oro. La curaduría de los bienes del ausente termina por su fallecimiento (Art. 480 del Código Civil). Mas como no es racional suponer que las funciones propias de un cargo establecido por la ley cesen sin que la persona que lo ejerce sepa que se ha verificado el hecho por el cual termina el cargo, a falta de ley expresa sobre este punto en el Título XXVI del Código Civil, respectivo a las curadurías de bienes, es necesario cumplir la regla séptima del Art. 18 del Código Civil, aplicando las leyes de la terminación del mandato por muerte del mandante, por ser de analogía manifiesta los dos casos: la curaduría es como un mandato establecido por la ley. Ni es posible suponer que el curador de bienes del ausente, nombrado porque no se supo del paradero de éste, o porque dejó de estar en comunicación con los suyos, deba, cada vez que ejecuta un acto en desempeño de su cargo, asegurarse de que en el momento que lo ejecuta está vivo el ausente a quien representar; lo que haría imposible representarlo. Aunque el mandato termina por la muerte del mandante (Nº 5 del Art. 2150 del Código Civil), el mandatario no cesa en sus funciones, sino sabida esa muerte; aún sabida, si de suspendérselas se sigue perjuicio a los herederos del mandante, estará obligado a finalizar la gestión principada; y en general,

siempre que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante (Arts. 2155 y 2160 del Código Civil). Y puesto que no es posible la prueba de que una persona ignoró en determinado tiempo un hecho, es claro que a quien alega que el curador de bienes del ausente terminó en sus funciones por muerte de éste, incumbe probar que aquel lo supo al tiempo del acto o de la gestión de que se trata. En este juicio no hay prueba alguna de que Agustina León sabía la muerte de su marido Luis Espinosa, cuando, como su curadora, dedujo la demanda de la foja primera, ni que ella o su procurador lo supusiesen durante el juicio, antes de que se presentara la partida de defunción: y es de notarse que el demandado no tuvo conocimiento de la muerte de Luis Espinosa, cuando contestó la demanda, ni manifestó conocerla sino en segunda instancia, en el escrito de 7 de Agosto de 1918 (fojas 6-11). Por lo expuesto se revoca el auto recurrido Devuélvase.—Cárdenas.—Albán Mestanza.—Vásconez.—Páez.—Ponce.

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, N° 26, pág. 205).

En orden a la doctrina aplicada en estos fallos nos referimos a lo dicho al respecto, al estudiar la prop. 280.

CASO 62

Un tinterillo no puede ser apoderado, ni puede revocarse la resolución que le declaró tal.

En el juicio Chávez - Fierro se declara:

1°—Que los tinterillos son incapaces de ejercer procuración judicial; 2°—Que, constando de la "Gaceta Judicial" (N° 15 de la Primera Serie), que Rafael Jarrín Zapata procurador de una de las partes, ha sido declarado tinterillo muchos años antes, el proceso es nulo, a costa del mismo tinterillo que ha ocultado su incapacidad; y 3°—Que no surte efecto la resolución en que el Director de Estudios revocó su resolución en que calificó de tinterillo a ese individuo.

En primera y segunda instancia no se tomó en cuenta esa circunstancia, y los fallos se limitaron a rechazar las excepciones y condenar al ejecutado. Mas la Corte Suprema dijo:

Quito, Octubre 7 de 1920, a las dos de la tarde.—Vistos: En la "Gaceta Judicial", N° 15 de la primera serie, consta que Rafael Jarrín Z.

fue calificado como tinterillo; y, por esto, atento el Art. 49, N° 6°, del Código de enjuiciamiento, Jarrín Z. es incapaz para el ejercicio de la procuración. Seguida con él esta causa, se ha faltado a la segunda de las solemnidades sustanciales señaladas en el Art. 407; y, por lo tanto, el proceso es nulo. Así declarada la nulidad a costa de Jarrín Z., que ha ocultado su inhabilidad para ser procurador, se ordena vuelva el proceso al estado inmediato anterior al escrito de fojas 7. Al liquidar el costo de la reposición, se observará lo dispuesto por el Art. 419. Legitimado este popel, devuélvase. Albán Mestanza.—Cárdenas.—Pino.—Peñaherrera.—Ayora.

Del tenor de este fallo y de las actuaciones de tercera instancia, que hemos examinado, se infiere que no se alegó por las partes ni constaba de autos el hecho de haber sido Jarrín Zapata declarado tinterillo, y el Tribunal procedió *motu proprio*, basándose sólo en la "Gaceta Judicial".

Pidióse revocación, alegando que el Director de Estudios, que pronunció aquella declaración en contra de Jarrín Zapata, la había revocado posteriormente, en vista de nuevas pruebas; mas el Tribunal la denegó diciendo:

Quito, Noviembre 3 de 1920, a las dos de la tarde.—Vistos: Ni la Ley de Instrucción Pública vigente en 1902 y 1903, ni ninguna otra disposición legal autorizaba al Director de Estudios para revocar, en cualquier tiempo, la resolución que calificó de tinterillo a Rafael Jarrín Z.; y, por esto, sin hacer mérito de la resolución de fojas 48, expedida a más de un año de cumplida y ejecutada la primera de las expresadas resoluciones, se deniega la solicitud de revocación del auto de fojas 47.—Albán Mestanza.—Cárdenas.—Pino.—Peñaherrera.—Ayora.

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, N° 51, pág. 407).

En 1892 y 93, la Ley de Instrucción Pública atribuía al Director de Estudios perseguir a los tinterillos, como lo indicamos al comentar el Art. 49; y como las resoluciones de aquel funcionario no podían tener sino un carácter disciplinario y meramente administrativo, no nos parece estrictamente jurídico reconocer a sus resoluciones la inviolabilidad propia de las sentencias judiciales y la autoridad de la cosa juzgada.

CASO 62 bis

APENDICE (1)

**Representación ejercida a nombre de persona difunta.—
Cabe ratificación de los herederos?**

En el juicio de nulidad del testamento de Manuel Sibri, se resuelve:

Que es ilegal la representación de quien gestiona en juicio a nombre de una persona ya fallecida; y que la nulidad proveniente de esa causa no puede ser subsanada por la intervención o ratificación de los herederos.

Texto del fallo supremo:

Quito, a 1º de Junio de 1922, a las tres de la tarde.—Vistos: La muerte es el fin de la existencia de las personas, como lo declara el Art. 75 del Código Civil, y con ella termina toda la personalidad jurídica, bien para celebrar contratos, bien para comparecer en juicio por medio de mandatario o representante legal. En el presente caso, Fernando Paredes ha demandado, en su calidad de representante legal de su esposa Andrea Lema, la nulidad del testamento de Manuel Sibri, y como, la partida de defunción de fojas 11 del segundo cuaderno demuestra que la expresada Lema murió meses antes de que se propusiera la demanda, la representación de Paredes se refiere a persona que no existía y que no podía absolutamente ser representada en el juicio, motivo por el cual la indicada representación no tiene valor legal; y no puede ser subsanada esta invalidez con la intervención o ratificación de quienes se presentan como herederos de la finada Lema, ya porque la ratificación tiene fundamento razonable cuando ella es por parte de la persona que fue capaz de ejercitar el hecho efectuado por el que aparece como su representante, ya porque no habiendo existido la Lema cuando se presentó la demanda, ella no pudo transmitir derecho alguno a sus herederos en orden a una ratificación sin fundamento legal. Por lo expuesto, se confirma con costas, el auto recurrido. Legalizado este papel, devuélvase.—Peñaherrera.—Pino.—Ayora.—Escudero.—Páez.

("Gaceta Judicial", Serie Cuarta, N° 123, páq. 988).

(1) Escrito ya todo lo que precede, publicóse en la "Gaceta Judicial" el caso, que consignamos en este lugar, por las razones que exponemos en el comentario.

Aunque este caso no versa sobre procuración, creemos conveniente mencionarlo ahora, porque, para el efecto de lo dispuesto por el Art. 2160 del Código Civil, podía haberse tenido en cuenta la analogía de la representación marital con la del mandatario, como se tuvo en cuenta la del curador en el caso 61. Mas en el actual se prescindió de la analogía, quizá porque ni se alegó la ignorancia o buena fe del representante. Por lo demás, la doctrina aquí aplicada es la misma en que se basó la resolución del caso 27.

Nos referimos por tanto, a lo expuesto sobre la prop. 280 y sobre los mencionados casos 27 y 61.

SECCION TERCERA

De los peritos

Art. 69.—Se nombrarán peritos para los asuntos litigiosos que demanden conocimiento sobre alguna ciencia, arte u oficio.

Art. 70.—El nombramiento debe recaer en personas de conocida honradez y probidad, y que tengan suficientes conocimientos en la materia sobre que deban informar.

Art. 71.—Cada una de las partes nombrará un perito; y de hallarse éstos discordes en su informe, el juez nombrará un tercero.

El perito debe ser persona conocida y residente en el lugar donde debe practicarse la diligencia, o en el que se sigue el juicio, y la parte que lo designe está obligada a señalar el lugar donde ha de notificársele el nombramiento (1).

Art. 72.—Si alguna de las partes no nombrare perito dentro del término que se le hubiere señalado, lo nombrará el juez en rebeldía.

Igualmente procederá el juez a designar el perito, si el nombrado por alguna de las partes se excusa de admitir el cargo o deja caducar su nombramiento, o no se presenta a juramentarse, dentro del plazo que el juez le señala (2).

Art. 73.—Los profesores en ciencias, artes u oficios, no podrán excusarse sino por justa causa calificada por el juez.

Art. 74.—Para desempeñar el cargo de peritos, deben los nombrados aceptarlo y jurar que lo desempeñarán fiel y legalmente.

Art. 75.—El informe de los peritos será redactado con claridad y con expresión de los fundamentos en que

se apoye; y si fuere oscuro o insuficiente para esclarecer el hecho disputado, el juez, de oficio o a petición de parte, exigirá de ellos la conveniente explicación.

Art. 76.—Si el dictamen de los peritos adolece de error esencial, probado éste sumariamente, deberá el juez, a petición de parte o de oficio, ordenar que se corrija por otros peritos, sin perjuicio de la responsabilidad en que los anteriores hubieren incurrido por dolo o mala fe.

Art. 77.—En caso de discordia entre los peritos, prevalecerá el dictamen del tercero, quien podrá o no adherirse al parecer de uno de ellos.

Art. 78.—El juez expresará con claridad, en el dictamen de nombramiento el objeto que éste tuviere, y fijará el término dentro del cual los peritos deban desempeñar su cargo, atendidas las circunstancias. Si los peritos no lo hicieron, serán apremiados, a petición de parte, y, además, el juez podrá imponerles multa hasta de ochenta sures.

Art. 79.—Se entenderá caducado el nombramiento de los peritos, cuando no hubieren desempeñado el cargo dentro de los quince días posteriores a la respectiva aceptación, sin que haya habido causa justificativa suficiente, a juicio del juez.

Art. 80.—Cada parte podrá recusar libremente un perito dentro de veinticuatro horas; y las demás recusaciones, deberán fundarse en las causas de tacha de los testigos.

Art. 81.—El que ha nombrado un perito no puede recusarlo, sino por causa superveniente.

Art. 82.—Si el juez no encuentra suficiente claridad en el informe de los peritos, podrá, de oficio, nombrar otro u otros que practiquen nueva operación. Podrá, asimismo, pedir a los peritos anteriores los datos que él estime necesarios.

No es obligación del juez el atenerse, contra su convicción, al juicio de los peritos.

(1) Inciso agregado en 1923. Véase el comentario de este artículo.

(2) Inciso agregado en 1923. Véase el comentario.

SECCION CUARTA

De los intérpretes

Art. 83.—Deben nombrarse intérpretes para la inteligencia de documentos escritos en caracteres antiguos o desconocidos; para examinar a los que ignoren el idioma castellano, o a los testigos mudos que no sepan escribir, y para traducir los documentos escritos en idioma extraño.

Art. 84.—La omisión del nombramiento de intérpretes, cuando haya que examinar a los que ignoren el idioma castellano, o a los mudos que no sepan escribir, causará la nulidad de la respectiva diligencia.

Art. 85.—Para intérprete, se necesita ser mayor de edad, conector del idioma castellano, e inteligente o práctico en lo que ha de menester para el desempeño de su cargo.

Art. 86.—Es común a los intérpretes lo dispuesto en los Arts. 74 y 78.

Art. 87.—El juez nombrará dos intérpretes, cada vez que se los necesite; a menos que las partes acuerden que sea uno sólo (1).

Art. 88.—Los intérpretes no podrán excusarse sino por justa causa calificada por el juez.

(1) Art. 3º de la ley de 1923, sustitutivo del 87 del Código. Véase el comentario.

Exposición Doctrinal

SINOPSIS

(Continuación del programa)

Peritos

298.—Concepto de la función pericial.—Lugar que cada institución ocupa en la Legislación.—Peritos para leyes extranjeras.—Diferencia entre peritos y testigos.

299.—En qué casos tiene lugar la intervención pericial? Es meramente complementaria de la inspección judicial o puede pedirse y practicarse sin ésta?

300.—Peritos y empíricos.—Hay distinción legal?

301.—Condiciones de aptitud.—Honradez.—Conocimientos.—Sancción.—Título.—Edad.—Ciudadanía.—Residencia.

302.—Manera de hacer el nombramiento de peritos.—Sistema de nuestro Código y de otras legislaciones.—Inconvenientes y ventajas.

303.—Aceptación forzosa para los profesores; voluntaria para los demás.—Sancción.—Paralelo con la legislación penal.—Trámite para la aplicación de las sanciones.

304.—Forma de la aceptación.—Juramento.—Importancia histórica, social y jurídica de esta diligencia.—Sus diversas especies.—Sus formas.—Sanciones legales y sociales.

305.—Excusa.—Recusaciones.—Sus motivos.—Manera de ventilarlas.—Reemplazo del excusado o recusado.

306.—Deber esencial de los peritos.—Modo de cumplirlo.—Fijación de la materia y del plazo por el juez.—Forma del examen y requisitos del informe pericial.

307.—Sanciones para el caso de inejecución.—Caducidad.—Su historia, naturaleza y efectos.

308.—Mérito legal del informe de peritos.—Libertad de apreciación concedida al juez.—Reglas o criterios a que debe atenerse.

309.—Discordia de los peritos.—Manera de dirimirla.—Mérito del informe del perito dirimente.—Discordia entre tres o más peritos.

310.—Defectos del informe: oscuridad, insuficiencia, errores.—Modo de anotarlos y corregirlos.—Error esencial.— Sanciones por el mal desempeño del cargo.

311.—Honorario de los peritos.

312.—Peritos extrajudiciales.

Interpretes

313.—Naturaleza de la función de los intérpretes.—Analogía con la de los peritos.—Consecuencia.

314.—Necesidad legal del nombramiento de intérpretes.—Efectos de la omisión.—Confesión del mudo o del que ignora el idioma.

315.—Nombramiento, recusación, excusa de los intérpretes.

316.—Mérito legal de los actos de los intérpretes.—Vale en un juicio la copia de la traducción hecha en otro?.....

317.—Honorario de los intérpretes.

Desarrollo del Programa

LECCION 1

298.—Concepto de la función pericial.—Lugar que esta institución ocupa en la Legislación.—Peritos para leyes extranjeras.—Diferencia entre peritos y testigos.

Peritos son los poseedores de alguna ciencia o arte diversa de la Jurisprudencia, llamados a informar en juicio sobre los hechos litigiosos para cuyo conocimiento o apreciación requiérese el auxilio de dicha ciencia o arte.

Como al Juez le toca decidir sobre los hechos y sobre el derecho, puede decirse, con Bonnier y otros autores, que los peritos son auxiliares del juez para la primera de esas funciones, la decisión sobre los hechos. Mas esto no obsta a que los informes periciales se consideren como **verdaderas pruebas**, esto es, como medios o elementos de convicción de que las partes puedan valerse para el esclarecimiento de los hechos en que se fundan sus pretensiones.

Nuestro legislador, siguiendo el primer criterio, es decir, considerando en cierto modo a los peritos como asesores para la cuestión de hecho, trata de ellos en este título

tulo "**De las personas que intervienen en los juicios**", de acuerdo con su principal modelo, el Código Peruano antiguo, y con ciertas tradiciones jurídicas. Mas las legislaciones modernas los colocan en la materia de las pruebas, como lo veremos cuando estudiemos esa materia.

Por ahora, sin detenernos en la cuestión del lugar, que es de poca importancia, y reservando para entonces algunos puntos relativos a la prueba pericial, seguiremos examinando las proposiciones del programa relacionadas con esta sección del Código.

Peritos para leyes extranjeras.—Los peritos auxilian al juez para el conocimiento y apreciación de los hechos; en los puntos de derecho no les toca intervenir de ningún modo. Mas si el caso requiere el conocimiento o aplicación de leyes extranjeras, esa intervención no pugna con los principios jurídicos, porque el juez no está obligado a tener conocimiento anterior de esas leyes, y la existencia y el contenido de ellas constituyen una cuestión de hecho que debe esclarecerse en el juicio, por cualquiera medios probatorios apropiados.

Tampoco pugna con el tenor literal de nuestro Código que, en términos muy generales, dice: "Art. 69.—Se nombrarán peritos para los **asuntos litigiosos** que demanden conocimientos sobre alguna ciencia, arte u oficio" (1).

Diferencia entre peritos y testigos.—La función de los peritos difiere esencialmente de la de los testigos. Estos **relatan** lo que vieron u oyeron; lo que llegaron a conocer por medio de sus sentidos o facultades perceptivas; aquéllos **opinan** sobre ciertos hechos conocidos,

(1) El Código Chileno lo declara y admite expresamente, diciendo:

"Art. 413.—Podrá también oírse el informe de peritos:

1º.—Sobre puntos de hecho para cuya apreciación se necesitan conocimientos especiales de alguna ciencia o arte; y

2º.—Sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera.

Los gastos que en estos casos se originen por la diligencia misma o por la comparecencia de la otra parte al lugar donde debe practicarse, serán de cargo de que la hubiere solicitado; salvo que el tribunal estime necesaria la medida para el esclarecimiento de la cuestión, y sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre el pago de costas".

deduciendo las conclusiones que les sugiere la ciencia o arte que poseen. Los primeros intervienen para revivir en cierto modo hechos pasados; los segundos informan ordinariamente sobre hechos presentes, o bien sobre hechos pasados que han sido ya reproducidos o consignados en el proceso, por otros medios.

Los testigos traen los hechos al juez; los peritos le ayudan a estimarlos, es decir, son, según la gráfica expresión de Bonnier, las lentes que abultan o aproximan los objetos, para hacerlos perceptibles a los ojos del juez.

Los peritos pueden ser escogidos entre todos los individuos conocedores de la ciencia o arte de que se trate; los testigos no pueden ser otros que los que presenciaron los hechos, y son, por tanto, limitados por la naturaleza de las cosas.

No obstante estas diferencias en sus notas características esenciales, la función pericial y la que desempeñan los testigos tienen puntos de aproximación y contacto en sus esferas de acción; porque, en los informes periciales hay, no sólo las conclusiones técnicas, sino también una parte descriptiva o narrativa, en que se consignan los hechos en que aquellas se fundan o que sirven para ilustrarlas (que en tal sitio existe un acueducto; que el día de la inspección estaba seco o corría el agua, etc.); hechos que pueden muy bien ser reconocidos y comprobados por la inspección del juez, por confesión de parte, por testigos, etc.

Por otra parte, en muchos casos, los testigos, para responder sobre los hechos a que las preguntas se refieren, necesitan hacer uso de sus conocimientos especiales en ciertas materias. Tratándose, por ejemplo, de una reclamación de perjuicios por un caballo o un anillo que ya no existen o no pueden ser reconocidos, se interroga a los testigos: si el caballo era viejo o joven, lisiado o sano; si el anillo era de oro y tenía engastado un diamante, etc.

Por esto, el Código, al tratar del valor probatorio de las declaraciones de testigos, dice:

"Art. 252.—Son legalmente verdaderas:

"1º.—Las declaraciones de testigos idóneos, presencias y contestes
"sobre los hechos o dichos que vieron u oyeron;

2º.—La de los testigos idóneos y contestes que dan razón de su dictamen, o demuestran que tienen motivo especial para saber lo que declaran, aunque no sean presencias; y

3º.—Las declaraciones de los testigos que se apoyan en el concepto de que han formado, por sus conocimientos especiales en la materia del pleito".

En casos como los del ejemplo, y en muchos otros, aun para percibir con claridad y distinción los hechos que van a relatarse, se requiere cierto grado de conocimientos anteriores. El testigo no es mera máquina que va a reflejar las imágenes de las cosas que impresionan sus sentidos: por el contrario, aun para el más sencillo relato, necesita hacer ciertas apreciaciones o juicios, sin los cuales le sería imposible comprender y discernir lo que sus sentidos percibieron, ni hacer conocer a otras personas los hechos que él percibió.

Sin esos conocimientos anteriores, no puede, a veces, el testigo ni fijar la atención en los hechos que se ofrecen a sus sentidos, ni reconocerlos fielmente, ni recomendarlos a la memoria; y de allí que la sana razón y la crítica forense indiquen que es más valiosa e importante la declaración de los testigos que cuentan con mayor inteligencia y mejores conocimientos, relativamente a los hechos que declaran. Pero en todo caso ellos han de declarar sobre lo que, mediante esos conocimientos, pudieron percibir con sus sentidos.

El concepto es, pues, lógicamente diverso de la percepción, aunque vaya íntimamente unido a ella. En virtud de sus conocimientos especiales, puede un hombre saber, a la simple vista, que un caballo es viejo o joven; que el anillo es de oro, y la piedra, diamante. La instrucción técnica anterior y el criterio actual de los sentidos, le bastan para adquirir esa noción y basar en ella su declaración testimonial.

El Código, empero, va más allá; pues permite interrogar a los testigos aun sobre meros conceptos. Así en los casos del ejemplo, puede preguntárseles si el caballo o el anillo valían aproximadamente tanto. El concepto de los testigos llega entonces a confundirse con un dictamen pericial, y hasta podría ser reemplazado por éste, sobre la base de una descripción minuciosa consignada

en el proceso (1), quedando, por lo mismo, sujeto al prudente criterio del juez, como cualquier informe de peritos, y aun con mayor razón.

Resumiendo lo expuesto respecto de las relaciones y diferencias entre los testigos y los peritos, podemos decir:

1º—En los testigos, lo sustancial es la narración de los hechos que pasaron; si bien cabe que sobre esa base, emitan sus conceptos. (Ellos conocieron el caballo o el anillo; y porque los conocieron los describen, y sobre la base de esa descripción emiten su concepto respecto del valor). En los peritos, lo esencial son los conceptos o conclusiones que les sugieren los hechos comprobados por cualesquiera medios (inspección judicial, testigos, documentos o la descripción o narración de los mismos peritos).

2º—Los peritos pueden ser escogidos, y se supone que lo son siempre, entre los más idóneos en la respectiva ciencia o arte; y puede, en ciertos casos, elegirlos el mismo juez, para ilustrar su criterio. Los testigos no pueden ser otros que los que presenciaron los hechos o tuvieron noticia personal de ellos, aunque para apreciarlos y describirlos hagan uso de sus conocimientos técnicos.

3º—Los peritos, por lo mismo que pueden y deben ser escogidos, pueden también ser recusados; lo cual no cabe respecto de los testigos.

4º—Los testigos (lo mismo que todas las pruebas), auxilian al juez para la administración de justicia; pero de modo directo e inmediato sirven a la parte cuyos derechos apoyan. Los peritos sirven directamente al juez, cuyo criterio deben ilustrar.

5º—Como consecuencia, la parcialidad de los peritos puede ocasionarles responsabilidad por perjurio,

(1) Se puede, por ejemplo, nombrar peritos para que informen sobre el valor de un caballo de tal edad, tamaño, raza, calidad, etc., o de un anillo de oro con un diamante de ciertas condiciones puntualizadas en el proceso, aunque el caballo o el anillo ya no existan o no estén a la vista.

si llega a ese extremo; mas la de los segundos puede haberles reos de **prevaricato** (1).

En otros términos, podemos concluir diciendo con Mattiolo, que la función pericial, considerada en sus diversos aspectos y elementos, guarda relación o analogía con la testimonial, en cuanto sirve para dar a conocer ciertos hechos, y con la judicial, a cuyo cabal desempeño coopera directamente, facilitándole la apreciación de ellos (2).

299.—En qué casos tiene lugar la intervención pericial? ... Es meramente complementaria de la inspección judicial o puede pedirse y practicarse sin ésta?

Según la regla legal del Art. 69, transcrita en la posición precedente y de todo en todo conforme con la naturaleza y objeto de la institución, puede pedirse y ordenarse el nombramiento de peritos siempre que se trate de asuntos litigiosos que requieran conocimientos especiales en alguna ciencia o arte diversa de la Jurisprudencia (3). Y no obsta a esto la circunstancia de que el juez, no como tal, sino como persona ilustrada en diversos ramos del saber humano, posea dichos conocimientos; los cuales, si bien pueden servirle para comprender y apreciar mejor el informe pericial, no le eximen de llevar el precepto y las formas legales, según el axioma jurídico **non sufficit ut iudex sciat sed nescese est ut ordi-ne juris sciat**.

(1) Nuestro Código Penal no hace mención de los peritos, al tratar de la prevaricación, en el Capítulo V del Libro V del Código Penal, Arts. 234 a 239.

(2) "El cargo de perito es en parte análogo al de testigo en cuanto se refiere al hecho que ha de probarse, y en parte análogo al del juez por la opinión que es llamado a emitir según las reglas del arte o ciencia que profesa sobre las causas o efectos del hecho".—Mattiolo, Tomo 1º Pág. 281.

(3) Hay casos en que la ley dispone expresamente la intervención de peritos y otros en que la intervención es procedente, por la naturaleza del asunto, sin necesidad de disposición especial de la ley. Véase el comentario del Art. 69.

Mas la intervención pericial es en todo caso complementaria de la experiencia personal del juez, llamada, **inspección judicial**, o puede tener cabida como diligencia aparte e independiente?...

Bonnier, que, como hemos visto, considera a los peritos como meros auxiliares del juez, adopta el primer sistema, conforme con las antiguas instituciones y costumbres francesas (1); y nuestro legislador da lugar a suponer que piensa del mismo modo, cuando, al enumerar los medios de prueba en el Art. 151, conforme con el 1688 del Código sustantivo, no menciona a los peritos, ni habla de estos en toda la **sección** de las pruebas, sino a propósito de la inspección judicial. Mas si se tiene en cuenta, por una parte, la generalidad de los términos del Art. 69, y por otra, la circunstancia de que hay muchos casos en que, siendo evidentemente útiles y apropiados los informes periciales, la inspección del juez no tendría objeto ni razón de ser, nos inclinamos a creer que no sería contraria a nuestro sistema la intervención de peritos, sin inspección judicial; v. gr. para calcular el valor del caballo o del anillo que ya no existen, pero cuya descripción prolija consta de autos; para ejecutar una operación matemática o deducir cualesquiera otras conclusiones técnicas, sobre datos constantes del proceso, etc.

En la mayor parte de los Códigos extranjeros figura, como dijimos arriba, la información pericial como prueba diversa de la testimonial y de la inspección del juez; y Mittermaier, dilucidando ampliamente este punto, la considera también como una prueba *sui generis* (2).

Al llegar a la materia de las pruebas, volveremos a considerar esta cuestión, y veremos también si es indispensable que los informes periciales se presenten durante el término probatorio; y si, presentados después, caben observaciones, petición de aclaraciones, ampliaciones, etc.

(1) La Ordenanza de 1697 (entre otras) que confundía en un mismo título el reconocimiento judicial con el juicio de peritos.

(2) Página 170.

300.—Peritos y empíricos.— Hay distinción legal?

En nuestro lenguaje jurídico civil, un individuo es **perito** en virtud del nombramiento y de su aceptación, hechos en la forma legal, como un abogado es asesor desde que el juez de la causa le confiere ese cargo. Es perito en la respectiva causa y para el mero efecto de intervenir en ella, tenga o no título profesional, y cualquiera que sea el grado de sus conocimientos en la materia. En consecuencia, no hay distinción entre **peritos** y **empíricos**; y esta última palabra no se usa ni tiene cabida en caso alguno.

En lo penal, siguiendo el lenguaje vulgar, usado también en la generalidad de las legislaciones, se llama **peritos** a todos los individuos que tienen título profesional, y **empíricos** a los que, sin estudios profesionales ni título, poseen conocimientos adquiridos por la práctica o la rutina, en alguna ciencia, arte u oficio. Arts. 72 y otros.

En filosofía, el **empirismo** es el sistema que funda el conocimiento de la verdad únicamente en la experiencia.

301.—Condiciones de aptitud.—Honradez.—Conocimientos.— Sanción.— Título.— Eda1.— Ciudadanía.— Residencia.

Nuestro Código exige que el nombramiento de peritos recaiga en **personas de conocida honradez y probidad y de suficientes conocimientos en la materia**. (Art. 70). Mas el concepto de la **honradez y probidad** es tan vago y relativo, que tal vez en caso alguno podría el juez rechazar, de oficio o a petición de parte, a ningún perito, por falta de tal requisito. Y casi lo mismo podemos decir de los **conocimientos suficientes**, salvo que, por la confesión o por otro medio evidente, se pueda demostrar a ciencia cierta la **impericia** del pretense **perito**.

Por manera que, prácticamente, está regla del Código redúcese a un mero consejo, sin sanción ni fuerza legal.

Título.—Nuestra ley no exige título profesional a los peritos, ni siquiera da la preferencia a las personas que

lo tienen, como pasa en varios Códigos extranjeros (1), y también en el nuestro de Procedimiento Penal, que al tratar del **cuero del delito**, permite en el Art. 70, practicar el reconocimiento por **empíricos**, sólo en caso de falta de **peritos titulados**.

Esa preferencia es muy natural, y debiera ser establecida también en lo civil, por lo menos para los casos en que le toca al juez hacer el nombramiento.

La única distinción que nuestra ley hace entre los peritos titulados o **profesores** (que es su palabra) y los no titulados, es la de que los primeros no pueden excusarse del cargo sino por causa justa, a juicio del juez, mientras que, para los segundos, es libre y voluntaria la aceptación. Distinción muy justa y razonable.

Ciudadanía.—Tampoco se necesita, según nuestra ley, la ciudadanía, que en otros países es requisito indispensable, por considerarse la función pericial como un servicio público. Pueden, por tanto, ser peritos en el Ecuador los extranjeros, los analfabetos y aun los que, por fallo judicial, han perdido la calidad de ciudadanos.

Edad.—Por fin, nuestra ley no exige siquiera la **mayor edad**, que es indispensable aun para los actos más insignificantes de la vida civil.

Residencia.—La ley reformativa expedida en 1923 exige que los peritos residan en el lugar del juicio o en donde deba practicarse la diligencia. Al comentar el respectivo artículo de esa ley, expondremos los antecedentes y motivos de ella, y sus inconvenientes prácticos. (Prop. 319).

(1) Código Chileno. Art. 415.—Salvo acuerdo expreso de las partes no podrán ser peritos:

1º—Los que fueren inhábiles para declarar como testigos en el juicio; y
2º—Los que no tuvieran título profesional expedido por autoridad competente, si la ciencia u arte cuyo conocimiento se requiera, está reglamentada por la ley, y hay en el departamento dos o más personas tituladas que puedan desempeñar el cargo.

Peruano, Art. 492: "El nombramiento de perito debe recaer en persona que tenga título profesional, si la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiere está reglamentada por la ley o por el Gobierno y hay en el lugar dos o más titulados que pueden desempeñar el cargo".

Español, Art. 615, pág. 197, id a los anteriores.

302.—Manera de hacer el nombramiento de peritos.— Sistema de nuestro Código y de otras Legislaciones.— Inconvenientes y ventajas.

Diversos sistemas se han adoptado en las legislaciones, para el nombramiento de peritos. Según el nuestro, consignado en los Arts. 71 y 72, cada parte nombra un perito; y en caso de discordia entre los peritos, el juez designa un tercero, cuyo dictamen, conforme o no con el de alguno de ellos, constituye el informe pericial. Si una de las partes omite el nombramiento, lo hace por ella el juez, quien, en tal caso, puede conformarse o no con el nombrado por la otra parte (1).

En el Código de Enj. Penal no se trata del asunto, sino a propósito de la comprobación del cuerpo del delito que deja señales; y para ese efecto, se atribuye al juez el nombramiento de peritos. Si los nombrados discuerdan, el mismo juez designa un tercero; y no hay informe admisible sino con el parecer conforme de dos peritos (2).

En los Códigos extranjeros hay gran variedad a este respecto. Unos, como el peruano actual (Art. 493), atribuyen exclusivamente al juez el nombramiento de uno o más peritos, a su juicio. Otros, como el chileno (Art. 416), siguiendo el sistema francés, establecen una especie de juicio verbal, en que las partes, concurriendo

(1) Puede el juez nombrar para perito al que ha sido antes recusado en la causa? Véase el comentario de los Arts. 71 y 72.

(2) La regla legal, con la reforma de 1923 dice así:

"Art. 72.—Si el hecho hubiere dejado señales, el juez las reconocerá y describirá prolija y detalladamente, acompañado de su Secretario y con intervención de dos peritos nombrados y juramentados por el juez.

La descripción se hará en la misma acta de la inspección, y el informe pericial se podrá presentar dentro del término de 24 horas, o de la próroga que concediere el juez.

A falta de peritos, se practicará el reconocimiento por empíricos, es decir por personas cuyos conocimientos se acerquen a la pericia que se necesita. Si los peritos discordaren, el juez nombrará un tercero y no podrá calificarse el cuerpo del delito sin el dictamen conforme de dos de ellos.

Los peritos no podrán ser recusados, pero el sindicado podrá nombrar otro por su parte, sin que para esto se retarde la diligencia. En lo demás se estará a lo dispuesto en el Código de Enj. Civil.

ante el juez, deben ponerse de acuerdo en el número, calidad, etc. de los peritos y hacer, asimismo de acuerdo, la elección. A falta de acuerdo, el nombramiento hace el juez a persona diversa de las indicadas por las partes. Otros, en fin, como el español vigente (Art. 615) establecen cierta forma de sorteo, para el propio caso de des-acuerdo de las partes.

Y sobre una u otra de estas bases, se hacen combinaciones o modificaciones, más o menos sustanciales, que constituyen nuevas formas de nombramiento; pero reconociendo en todo caso, la preferencia que corresponde al acuerdo unánime de las partes.

En contra de nuestro sistema, adoptado en el Código de 1869 y modelado, como el peruano antiguo, en el español de entonces, cabe las siguientes observaciones:

1^a.—"El perito de cada parte, cuando no renuncia a todo escrúpulo de imparcialidad para convertirse en mero agente del interesado y patrocinar sus pretensiones, se encuentra, por lo menos, dificultado para sustraerse al deseo de complacer a la persona que ha depositado en él su confianza, y se inclina, sin quererlo, a dar un dictamen de favor" (1).

Ese prejuicio de los peritos de las partes desnaturaliza la función pericial, cuyo fin es, como lo sabemos, el de contribuir a formar el criterio del juez, con la rectitud e imparcialidad que en él debe brillar; da lugar a discrepancias escandalosas, y redundan en desprestigio de la institución;

2^a.—Hay casos en que figuran en el proceso más de dos partes: en los juicios de inventario y partición, en los de deslinde, adjudicación de aguas, etc., y hasta en los ordinarios en que, siendo dos o más los actores o los demandados, no están obligados a tener un solo procurador, por ser diversas sus acciones o excepciones. En tales casos, la intervención de un perito por cada parte, y el derecho de recusación que a éstas compete, pueden volver enormemente complicada y costosa la diligencia;

3^a.—Hay asuntos en que se requieren, a la vez, conocimientos especiales en diversas materias, y es difícil que los posea en suficiente grado una misma persona. El arquitecto puede tasar una casa, pero no una alhaja o una sementera, etc.; y entonces la parte, que no tiene derecho de nombrar sino uno, no puede atender debidamente a todos los asuntos que le interesan.

En fuerza de estas consideraciones y especialmente de la primera, el Cgo. español cambió de sistema, adoptando el del nombramiento de uno o tres peritos, por acuerdo de las partes, en presencia del juez, y a falta de acuerdo, por sorteo de entre los nombres que el juez insaculaba en una ánfora.

El peruano actual lo abandonó también y se decidió por el primero de los arriba enumerados, el de atribuir el nombramiento exclusivamente al juez, pero exigiendo que todo informe sea razonado, y dejando a las partes el derecho de presentar, como medios de prueba, informes también razonados de otros técnicos, y al juez amplia libertad de apreciación de esa prueba, lo mismo que de la testimonial.

Este nuevo sistema peruano, parece más razonable y más conforme con la naturaleza de la institución y con el espíritu científico moderno. Exige, eso sí, una buena organización judicial, que evite el peligro de que el juez se deje llevar de influencias interesadas, ya para el nombramiento de peritos, ya para la apreciación de los informes.

Nuestro Legislador de 1885, en vista de los inconvenientes arriba anotados, decidióse también a cambiar de sistema; y siguiendo, de acuerdo con la doctrina de Bonnier y otros expositores, el que en el Cgo. Napoleón se establece para los casos de lesión enorme (extendido posteriormente a otros casos y generalizado en las legislaciones modernas), dispuso que las partes fuesen convocadas ante el juez para nombrar, de acuerdo, uno o tres peritos, y que éstos presentasen un solo informe, anotando en él las diversas opiniones—si las hubiere—sin dar

(1) Palabras con que don Miguel Antonio de la Llama critica el sistema peruano antiguo, en sus importantes notas sobre el Código actual (apéndice 60).

a conocer al autor de cada una de ellas. A falta de acuerdo de las partes el juez debía nombrar tres peritos (1).

Este sistema, cuyo origen, según Bonnier, se encuentra en las Doce Tablas, no pudo aclimatarsé entre nosotros: la concurrencia de las partes ante el juez, en día y hora fijos, la solemnidad de esta reunión, etc., ocasionaron tales molestias, dependientes de nuestros hábitos, que la legislación siguiente, la de 1886, lo derogó, y volvió al antiguo que, a pesar de sus imperfecciones, estaba arraigado en las costumbres, y servía como sirve, para que el juez, teniendo delante todas las razones en pro y en contra, y conociendo con claridad los extremos, pueda buscar prudencialmente el justo medio, ya rigiéndose por el informe del tercero, ya usando de la facultad de apreciación que la ley le concede.

Este sistema nuestro, abolido ya casi en todos los Códigos vigentes, no se opone tampoco a que, en el término de prueba, puedan las partes valerse de otros técnicos que declaren como testigos, conforme al N.º 3.º del Art. 252, según lo veremos en su lugar.

(1) El texto de la ley era el siguiente:

Art. 34.—En los casos en que, según el Art. 247, fuere necesario el dictamen pericial, se ordenará que se reúnan las partes para el nombramiento de peritos.

Art. 35.—Llegados el día y hora que conforme al artículo anterior se hubiesen señalado, se requerirá a las partes para que, de común acuerdo, nombren tres peritos, si es que no se fijaren en uno solo.

Si no se pusieren de acuerdo o no concurrieren, el juez hará el nombramiento de todos tres peritos, quienes serán residentes en el lugar, y no podrán ser recusados sino con causa.

Art. 36.—Hecho el nombramiento, los peritos prestarán juramento de proceder fiel y legalmente y de guardar secreto de sus deliberaciones y acuerdos; y procederán reunidos a practicar las diligencias concernientes al avalúo.

Art. 37.—El informe lo redactarán todos los peritos y en una sola cuerda expresando los puntos en que se hallare de acuerdo la mayoría y anotando aquellos en que hubiere habido pareceres diferentes, con determinación de los motivos, pero sin que sea permitido revelar el dictamen del autor o autores de la opinión divergente.

303.—Aceptación forzosa para los profesores; voluntaria para los demás.— Sanciones.— Paralelo con la Legislación Penal.— Trámite de aplicación de las sanciones.

Es un deber social cooperar a la realización de los fines del Estado, especialmente a la administración de justicia; y ese deber abstracto o indeterminado, que los moralistas llaman **imperfecto**, porque no liga siempre y en todo caso, conviértase, en ciertas circunstancias, en deber legal, asegurado con distintas sanciones. En esa virtud, son obligados los servicios de asesor, conjuer, perito, testigo, etc. y en la propia consideración se basan todos los cargos llamados **concejiles**.

Cuanto a los peritos, empero, hace la ley una distinción: el cargo es forzoso para los profesores, y voluntario para los demás. Para ser perito requiérese poseer los conocimientos especiales respectivos; y el título profesional de una persona da derecho a las demás para suponer que en aquella concurre ese requisito; en otros términos, en la prueba oficial de aptitud. Respecto de las personas no tituladas, rara vez puede haber datos exactos para considerarlas suficientemente preparadas en la materia, y es muy natural atenerse al propio criterio de ellas, permitiéndolas aceptar o no libremente el cargo; tanto más cuanto éste impone responsabilidades, como luego veremos.

En el vocablo legal **profesores** deben comprenderse, no sólo los que tienen título académico, sino también los maestros de taller y todos los demás que ejercen públicamente y con la debida autorización, alguna ciencia, arte u oficio.

Aun a los profesores les permite la ley excusarse, pero con justa causa, calificada prudencialmente por el juez; lo cual, es muy razonable, ora porque los deberes de esa clase se vuelven odiosos y exorbitantes cuando no se les deja alguna elasticidad; ora porque se trata de un servicio remunerado, del cual no es de suponer se excusase nadie por mero capricho o falta de voluntad; ora, en fin y principalmente, porque el litigio atañe únicamente a

las partes litigantes, y el interés social figura sólo de un modo indirecto (1).

Sanción Civil.—Sanción especial o expresa para el que no acepta el cargo de perito, no tiene nuestro Código; pero la del Art. 78 (multa hasta de \$ 80, sin perjuicio del apremio compulsivo) puede tal vez aplicarse, dada la generalidad de sus términos, tanto al que, debiendo aceptar no acepta, como al que, habiendo aceptado, no desempeña el cargo.

Procedimiento penal.—En éste, la regla debe ser más estricta, por razón contraria a la última que acabamos de aducir para justificar la regla civil; esto es, porque el orden público y la sociedad están directamente interesados en el juicio. Nuestro Código adjetivo, empero, no tiene disposición alguna general para todo caso de intervención de peritos, sino sólo una especial para los casos de muerte repentina que dice: "Los facultativos o empíricos por ningún motivo podrán excusarse de la autopsia del cadáver" (Art. 82).

Lo cual es exagerado, respecto de los primeros, y absurdo en cuanto a los segundos, como lo manifestamos en su lugar (2).

Legislación penal sustantiva.—En el Código Penal tenemos la siguiente disposición:

"Art. 272.—Los que, sin causa legítima, rehusaren prestar el servicio que se les exija en la profesión, arte u oficio que ejerzan, o de cualquier otra manera que sea necesaria para la administración de justicia, o servicio público, serán castigados con prisión de ocho días a dos meses, o con multa de cuarenta sures, sin perjuicio de que se les compela a prestar el servicio que se les hubiere exigido."

Esta disposición basta, pues, para que en el procedimiento penal se tenga como obligatorio el cargo de perito.

(1) En la generalidad de los Códigos extranjeros, el cargo es obligatorio sólo en materia penal.

(2) En la proposición 178 del Programa de Derecho Práctico Penal.

to, (1) sin necesidad de recurrir, por analogía, al Código de Enj. Civil. Aun más, por la generalidad de la frase **o de cualquiera otra manera que sea necesaria**....

etc. (2) puede considerarse extensiva la regla aun a los **no profesores**, entendiéndose, eso sí, que, como no están ni deben estar determinadas en ley alguna **las causas** legítimas de excusa a que el artículo se refiere, podría el juez estimar como tales la falta de suficientes conocimientos que alegara la persona nombrada, sí, a su juicio, esa alegación fuese sincera y veraz.

En lo civil este artículo penal podría aplicarse sólo a los profesores; pues la regla del Art. 73 que permite tácitamente a los no profesores excusarse sin alegar causa alguna, tendría que prevalecer, considerándola como especial.

En conclusión, relacionadas la regla del Art. 78 del Código de Enj. Civil y la del 272 del Código Penal, resulta que contra los que rehusan indebidamente aceptar el cargo de perito cabe:

1º—La multa hasta de ochenta sures, conforme al Código de Enj.;

2º—La prisión de ocho días a dos meses, o multa de cuarenta sures, según el Código Penal;

3º—El apremio compulsivo, según ambos Códigos.

(1) Hemos observado en otra ocasión que el Código Penal, aunque a primera vista y por la forma de sus disposiciones, es meramente **sancionador**, y como tal debiera formar parte del derecho adjetivo, en el fondo casi todas sus disposiciones son a la vez esencialmente prohibitivas de actos que, sin ellas, serían legalmente lícitos, aunque moralmente malos; y hay también algunas de carácter preceptivo, como la actual, pues si no hubiere este artículo, no tendríamos ley alguna que estableciese de manera tan general la obligación de prestar los servicios a que él se refiere; y en el procedimiento penal sería necesario recurrir a la analogía, para aplicar la disposición del Código de Enj. Civil y aun con ella, tendríamos sólo la obligación para los profesores.

(2) El Código de la edición anterior decía o de cualquiera otra manera que sea **necesario** etc., es decir, concertaba este adjetivo con el sustantivo **servicio**; pero en el artículo actual concierne con **manera**, resultando algo alambicada la redacción.

Trámite para la aplicación de las sanciones.—La del Código de Enj. Civil puede aplicar el juez, de plano, a petición de parte. Las del Código Penal están sujetas al trámite especial, sumarísimo, establecido por el mismo Código en el Art. 273, reformado por el primero de la ley de 1909 (1).

304.—Forma de aceptación.— Juramento.— Importancia histórica, social y jurídica de esta diligencia.— Sus diversas especies.— Sus formas.— Sanciones legales y sociales.

El perito debe expresar su aceptación ante el juez, y tomar posesión del cargo, jurando desempeñarlo fiel y legalmente. De lo cual se extiende acta en el proceso.

“**Es juramento**”, dice el Diccionario de la Academia, “la afirmación o negación de una cosa, poniendo por testigo a Dios, o en sí mismo o en sus criaturas.”

Y con más exactitud Escribhe: “El acto en que se invoca, por un signo externo, al Supremo Hacedor, como testigo de la verdad de lo que se asevera o se promete”.

Por extensión, llámase también juramento la invocación de alguna otra cosa santa o de muy alta estima, con el mismo objeto de garantizar la verdad de lo que se afirma o se promete.

(1) El Art. 273 primitivo decía: “Los tribunales o funcionarios públicos que ejerzan jurisdicción, impondrán de plano las penas indicadas en los cuatro artículos anteriores; y sin más formalidad que sentar una acta en la que consten las infracciones castigadas; la declaración, por lo menos, de dos testigos, o cualesquiera otra prueba legal, acerca de la realidad de dichas infracciones; y la pena aplicada”.

El reformatorio, expedido en 1909, dice:

Art. 1º.—El Art. 273 del Código Penal dirá:

“Los funcionarios públicos que ejerzan jurisdicción, impondrán de plano y con la siguiente limitación, las penas indicadas en los cuatro artículos anteriores: los funcionarios parroquiales, hasta tres días de prisión; los cantonales hasta seis días; lo provinciales, hasta diez días; los de distrito, hasta quince días; y la Corte Suprema, hasta veinte días. En estos casos no será necesaria otra formalidad que la de sentar una acta en la que consten las infracciones castigadas; la declaración de dos testigos o cualesquiera otra prueba legal acerca de la realidad de dichas infracciones; y la pena aplicada”.

El concepto del juramento así definido da a conocer su importancia y valia, desgraciadamente no bien comprendidas ni apreciadas por todos, ya desde el punto de vista religioso, ya del puramente moral. Cicerón decía: “No hay ningún vínculo más fuerte que el juramento para impedir a los hombres la infidelidad a su palabra;” “pruébanlo las leyes de las Doce Palabras;” “pruébanlo las sagradas fórmulas que están en uso entre nosotros para todos los que prestan juramento;” “pruébanlo los pactos y alianzas con que nos unimos aun con nuestros enemigos;” “pruébanlo las amonestaciones de nuestros Censores, nunca más rigurosas que en lo tocante al juramento. (Libro 3º, Capítulo XXXI, de Officiis).”

Y Juan Montalvo, después de aludir a ese mismo pasaje del sabio orador romano y a otros escritores: “Un viajero ilustre consigna, entre sus recuerdos de viaje, la siguiente narración, que debería tenerse muy en cuenta entre nosotros: “Hay en el vestíbulo de la Iglesia de Santa María in Cosmedin un gran mascarón de piedra, llamado la *bocca della verità* en cuyas fauces, abiertas como para gritar, dicen que metían las manos los anti-“guos romanos, para probar que no habían jurado en “falso; pues esas quijadas se juntaban y mordían el pu-“ño del temerario que, habiendo hecho un juramento “falso, se atrevía a meter su diestra en la boca del mas-“carón. “Hoy —agrega el viajero— la verdad tiene la “bocca abierta; pero pocos meten por ella sus manos”.

Si la verdad es, como hemos dicho, una necesidad vital para la sociedad humana, una condición fundamental para la existencia de esa sociedad y la realización de sus fines, nada más importante, nada más saludable y patriótico que inculcar en la conciencia de los asociados la santidad del juramento, el honor a la palabra, el culto a la verdad, cualesquiera que sean las creencias individuales de cada uno.

Sin la verdad ni concebirse puede la justicia; pues las dos cosas son casi idénticas y consustanciales. Y si el objeto final de las leyes todas y especialmente de las procesales es establecer y hacer práctico el imperio de la justicia en la sociedad, no tiene razón de ser, sin el requisito esencial de la verdad en las relaciones de los individuos entre sí y de éstos con la autoridad.

De allí el profundo malestar que se siente en cualquier país o agrupación humana en que comienza a flaquear o corromperse el testimonio, como que el edificio social tiende a desquiciarse de cimientos; de allí la severidad de las sanciones que en todo tiempo se han empleado para castigar al perjurio y la estrechez de las precauciones para prevenirlo o evitarlo.

Sanciones.—En Roma, la Ley de las Doce Tablas condenaba al perjurio a ser precipitado en la Roca Tarpeya; la ley judaica y varias otras leyes le imponían la pena de talión, cuando el hecho ocurría en causas criminales; los Códigos modernos, más razonables, más humanos no han dejado tampoco de tratarlo con rigor “La Legislación actual”—dice Bonnier, refiriéndose a la francesa—“sin ir tan lejos como las antiguas ordenanzas, despliega una justa severidad contra los que corrompen de esta suerte las fuentes de la justicia”. El Código Penal francés de 1791 castigaba con seis meses de prisión el falso testimonio en materia civil. El Código actual (Art. 363) lo castiga con la pena de reclusión. Además, el testigo que ha recibido o que se ha hecho prometer una recompensa es castigado con trabajos forzados temporales; la misma pena tiene el que lo ha sobornado.

En nuestro Código Penal sustantivo se hacen distinciones entre el perjurio en lo civil y el cometido en materia penal; y en el segundo caso se atiende, para graduar la pena, al daño causado por el falso testimonio, recorriendo una escala desde dos meses de prisión hasta ocho años de reclusión, y haciendo otras distinciones o especificaciones embrolladas y poco justificables en el terreno de la práctica. Arts. 203 a 213.

Y con respecto a los peritos e intérpretes, se dice en el Art. 209 que serán castigados con las mismas penas de los testigos falsos.

No bastan, empero, las penas, no bastan los preceptos jurídicos para conjurar ese mal que va cundiendo en las sociedades y conmoviéndolas en sus bases esenciales; debe haber labor de educación, labor asidua de propaganda en toda forma, como la obra más laudable y meritoria por la Patria y la humanidad.

Diversas especies.—El juramento se practica y se ha practicado en todos tiempos y lugares, ya para garantizar la verdad de la afirmación o negación de un hecho pasado o presente; ya para asegurar la realización de un hecho futuro. En el primer caso se denomina **asertorio**, en el segundo **promisorio**. Este último es el que prestan los peritos y el que antes se exigía para todo cargo público.

En lo civil tenemos también el juramento **decisorio**, que es el que se presta, a retención de la parte contraria, para que, de conformidad con él, se decida la cuestión; y el **supletorio** o **estimatorio** llamado en el Derecho Romano **juramentum in litem**, que exige el juez a una de las partes, cuando, constando la obligación o el derecho, no hay prueba suficiente de la cuantía, de la especie o calidad de la cosa o de la importancia de los daños o perjuicios.

Juramento purgatorio.—Llámase así el que se prestaba para purificarse y quedar exonerado de una acusación no comprobada plenamente, pero apoyada en sospechas o presunciones. El juramento del acusado, que probaba su inocencia, asociado a sus compañeros y allegados—que por esto se denominaban **compurgadores**, **conjuradores** o **conjurados**—que aseguraban juratoriamente la veracidad de esa protesta, daba por resultado la sentencia absolutoria en favor del acusado.

Esta institución, originada, según parece, entre los germanos, antes de la Era Cristiana, se difundió ampliamente en la Edad Media, junto con las demás formas de purgación, como la del agua hirviente, del hierro encendido, del combate judicial, etc., i pavorosos recuerdos de los tiempos de barbarie!...

Forma.—Siguiendo la práctica establecida por las leyes de Partida, manda nuestro Código de Enj. Civil, que para las declaraciones de testigos se emplee esta fórmula: “Juráis a Dios, por esta señal de cruz, decir verdad en todo lo que supiereis y fuéreis preguntado?” El testigo debe contestar: “juro”. Y el Escribano, que es quien suele pronunciar la fórmula, agrega, asimismo por costumbre venida de las leyes españolas: “Si así lo hicieris, Dios os premie; de lo contrario, El y la Patria os lo demanden”.

La propia fórmula se emplea, en lo civil para confesión, y en lo penal, para la declaración instructiva. Para el juramento de peritos, curadores, partidores, etc., se la varía, diciendo: "Juráis desempeñar fielmente el cargo.... etc."

Para los jurados se establece en este Código fórmula especial, como lo veremos en su lugar. Los militares juran poniendo la mano sobre el puño de su espada; los eclesiásticos, *tacto pectore et corona*. Los testigos, peritos, etc., que no son cristianos, juran según su religión o sus creencias. Los israelitas, con la cabeza cubierta y las manos sobre el Penta-teuco; los musulmanes con las manos sobre el Koran; algunos protestantes (los kuácaros), por su alma y conciencia; otros por los evangelios, etc, etc.

(Garsonnet, Tomo 2º, pág. 527.—Escríche, *Juramentar*).

305.—Excusas.—Recusaciones.—Sus motivos.—Manera de ventilarlas.—Reemplazo del perito excusado o recusado.

Deber legal de excusarse no se impone a los peritos, a diferencia de lo que se establece respecto de los jueces y asesores, los cuales incurren en prevaricación si, a sabiendas, conocen en una causa en que tienen motivo legal de excusa (Cgo. de Enj. Civil, Art. 947; Cgo. Penal, Art. 238).

La excusa para los peritos es simplemente un derecho, sometido a los límites y restricciones que mencionamos al tratar de la aceptación, en la proposición 303.

La recusación es de dos clases, libre o motivada. Cada parte puede recusar libremente un perito, dentro de veinticuatro horas de notificada con el nombramiento; sea el perito nombrado por la otra parte o por el juez, y aunque se trate del tercero en discordia.

Para otra recusación, requiérese alguno de los motivos que constituyen tacha de los testigos. De nuestro complicado plan de tachas legales de testigos trataremos en el lugar respectivo.

La parte que ha hecho el nombramiento no puede recusar a su propio perito sino por causa legal superveniente.

niente; y esto es algo duro, pues puede suceder que la recusación haya sido ignorada de la parte, y tenga ésta medios de probarla así evidentemente.

Parece que el Código entiende que las tachas de los peritos afectan sólo al interés privado de las partes y son susceptibles de allanamiento, al contrario de lo que se observa respecto de los jueces, de los árbitros y aun de los testigos. Así vemos que en los casos de los Arts. 217, 218, 219 y 220 (inhabilidades por falta de edad y de conocimiento), es inaceptable el testimonio, aunque las partes no aleguen la tacha de los testigos.

Si, pues, una de las partes nombra para perito a un ebrio o loco o menor de diez y ocho años, el juez no puede rechazar, de plano, el nombramiento, si la parte contraria no alega la tacha, y sólo tendrá la facultad apreciativa que le concede el Art. 82.

Trámite.—La recusación motivada constituye un incidente, que debe ventilarse ante el mismo juez, según los principios generales; por tanto, si hay hechos justificables, recibe el juez el incidente a prueba, por un término prudencial.

El juez —lo repetimos— no puede rechazar de oficio a los peritos designados por las partes, porque carezcan de los requisitos o tengan tacha legal. Salvo el caso de que el nombramiento mismo sea ilegal, por no ser el caso de hacerlo, por haber hecho antes la parte el nombramiento, etc.

Reemplazo.—El término —prudencialmente fijado por el juez— de que gozan las partes, para el nombramiento de peritos, es, no sólo para que piensen en la persona apropiada, sino para que la comprometan.

Si ésta se excusa, toca al juez reemplazarla con arreglo a la ley reformatoria de 1923, que estudiaremos en la parte legal. Si es recusada, el reemplazo incumbe a la misma parte, como si se tratara del primer nombramiento.

306.—Deber esencial de los peritos.—Modo de cumplirlo.—Fijación de la materia y del plazo por el juez.—Forma del examen y requisitos del informe pericial.

El deber esencial del perito que acepta el cargo, es desempeñarlo cumplidamente; es decir, practicar el examen prolijo y emitir el informe a ciencia y conciencia, con estricta sujeción a la verdad de los hechos y a las reglas o principios del arte o la ciencia respectiva.

No dice la ley expresamente si el perito que ha aceptado el cargo puede excusarse de desempeñarlo; pero es indudable que, por causa grave superveniente, califica prudentemente por el juez, podría éste darle por excusado, sin que para ese efecto haya que distinguir entre Profesores y no Profesores.

Fijación de la materia y del plazo.—Por la naturaleza y objeto de la función pericial, tócale al juez determinar los puntos a que han de concretar los peritos sus observaciones en su informe; y señalar el término prudente para el cumplimiento de esa obligación. Esta determinación y señalamiento puede hacer el juez, bien de oficio, bien a petición de parte, cuidando sólo, en este segundo caso, de que la petición sea tempestiva y pertinente. Arts. 78, 148, 320, etc.

El primero de estos artículos, el 78, prescribe que el juez haga en el decreto mismo del nombramiento, la determinación de la materia u objeto del informe y la del plazo en que éste ha de emitirse; mas no hay inconveniente alguno para que se la haga en otra providencia posterior, como se la hace ordinariamente en la práctica, al tiempo de redactar el acta de inspección, de deslinde, etc.

Forma del examen y requisitos del informe.—La ley francesa, la italiana, la chilena y otras, mandan a los peritos proceder juntos en el examen y observación de las cosas, a fin de que puedan fijar mejor la atención en todos los detalles, aprovechar cada uno de las indicaciones de los otros, discutir, con las cosas a la vista, sobre la apreciación de ellas, y buscar el acuerdo en la verdad.

Nuestra ley del año 85 lo dispone también, como ya lo recordamos. La anterior nada decía al respecto, ni lo dice la actual, vigente desde 1886; pero es muy natural y razonable que así procedan los peritos para desempeñar a conciencia su deber.

La ley del 85 exigía, además, como las extranjeras susodichas, que el informe fuese uno solo, y que en él se anotasen los puntos de discrepancia, caso de que los hubiese, con las correspondientes razones de cada perito. Cosa en extremo embarazosa en la práctica.

El precepto que subsiste, en cuanto a la forma, y que ha tenido siempre nuestra ley es el de que el informe sea redactado con claridad y con exposición de los motivos y fundamentos en que se apoye. Esto es de suma importancia, para que la función pericial corresponda debidamente a los fines de su institución, y para que pueda el juez ejercitar concienzudamente la facultad de admitir o no el informe.

Para lo primero, para la claridad, conviene recomendar a los peritos que eviten en lo posible el uso de términos técnicos desconocidos en el lenguaje común, o que los expliquen de modo de hacerlos comprensibles, a fin de que no se necesite, como a veces sucede, recurrir a otros peritos para comprender el informe. El Código chileno de Procedimiento Penal contiene esa recomendación.

A más de claro y razonado, el informe debe ser completo, esto es, debe extenderse a todos los puntos sometidos al informe pericial.

307.—Sanciones para el caso de inejecución.—Caducidad.—Su historia, naturaleza y efectos.

El perito que, habiendo aceptado el cargo, no lo desempeña, incurre en las sanciones que dejamos indicadas, al tratar de la falta de aceptación: multa hasta de ochenta sueros o prisión de ocho días a dos meses, a juicio del juez, y apremio compulsivo, si lo solicita alguna de las partes.

Caducidad.—Hasta el año de 1911 no teníamos otra sanción. Podía, por tanto, suceder que, con ausentarse u

ocultarse el perito, la causa quedase suspenda. Ese año tomó en consideración la Cámara de Diputados el proyecto reformativo que en 1909 presentamos al Senado; y, al aprobarlo, hizo la adición del artículo que hoy lleva en el Código el N° 79, estableciendo la caducidad de los peritos morosos, reconociendo ya desde mucho antes en otras legislaciones, como la italiana.

La institución de la caducidad era, pues, necesaria, por la razón expresada, y porque en ciertos casos las sanciones legales, por muy duras y odiosas, no se aplicaban; mas con respecto a los términos del artículo reformativo caben algunas observaciones que las haremos en la parte legal.

La caducidad se produce ipso facto, por la expiración del término legal, y puede ser declarada de oficio?
Es nulo el informe presentado después de los quince días, aunque no lo aleguen las partes?

Nos inclinamos a la negativa en ambos puntos, de acuerdo con Mattiolo, que declara que este punto ha sido vivamente controvertido en el foro italiano, pero que últimamente la jurisprudencia y la doctrina se han puesto de acuerdo (1).

Trátase sólo de un interés privado de las partes; de un derecho que a ellas se les concede para que puedan evitar retardos maliciosos de las causas; y mientras no se alegue por ellas la caducidad, debe entenderse que consisten en que los peritos no dejen de serlo, y puedan informar válidamente. Por lo mismo, creemos que la alegación posterior al informe es inadmisibles.

La redacción, empero, no es clara a este respecto, e induce a primera vista a la conclusión contraria.

Caducado el nombramiento, no revive en la parte que lo hizo, el derecho de nombrar perito, y el reemplazo debe hacerlo el juez, según la expresa disposición de la ley de 1924. A la misma conclusión nos inclinábamos antes de que esta ley se dictase, aplicando los principios generales.

(1) Tomo 1º, N° 240, pág. 289.

308.—Mérito legal del informe de peritos.— Libertad de apreciación concedida por el juez.— Reglas o criterios a que debe atenerse.

Antes de la legislatura del año 1885, nada decía el Código respecto del mérito legal del dictamen de peritos, y en nuestra práctica se mantenía la absurda regla, consagrada por la jurisprudencia antigua, de hacer obligatorio al juez el dictamen de peritos, según la fórmula *ad questionem facti respondent iuratores, ad questionem juris respondent iudices*.

Máxima contraria a la naturaleza y objeto de la función pericial, conservada hasta estos últimos tiempos en Alemania, y reemplazada generalmente en el derecho moderno, conforme a la actual legislación francesa e italiana, por la contraria que dice: "*Dictum expertorum nunquam transit in rem iudicatam*".

Este principio de que no es obligatorio al juez atenerse al dictamen pericial contrario a su propia convicción, consignado en el inciso 2º de nuestro Art. 82 (o de que el juez apreciará el valor probatorio del dictamen pericial según las reglas de la sana crítica, como dice el Código chileno Art. 427, el peruano actual, Art. 504), figura en una forma o en otra en casi todos los Códigos modernos y es ahora un verdadero axioma jurídico (1).

Mas esta libertad de apreciación, justamente reconocida al juez, debe ser ejercitada con suma cordura y discreción. Debe distinguirse entre los hechos que relacionan los peritos y las conclusiones que de esos hechos deducen. Cuanto a lo primero, a los hechos, si el relato está conforme a lo observado por el mismo juez y consignado en el acta, o a lo que conste de autos por medio de alguna otra prueba, no hay cuestión; debe tenerse como legalmente cierto.

(1) Desde la Ley de Partidas se ha facultado al juez en el Derecho Español, para apartarse del dictamen de peritos y apreciar los hechos, según las reglas de la sana crítica. Datoz califica de monstruosa la disposición de la antigua jurisprudencia francesa, que hacía obligatorio para el juez el dictamen pericial, contraria al vetusto axioma precitado *dictum expertorum etc.*

Si los hechos que los peritos relatan en cumplimiento de su deber y sin extralimitarse de sus funciones, no constan de ningún otro modo, trátase de un testimonio digno de fe, y que debe ser admitido, mientras no sea objetado y desmentido por otras pruebas o razones concluyentes.

Cuanto a lo segundo, a las conclusiones, el juez atenderá principalmente:

1º.—A la relación que éstas tengan con los hechos de que los peritos las deduzcan y con las demás pruebas del proceso;

2º.—A la relación de las mismas con las leyes físicas o morales o con los principios científicos en que se fundan;

3º.—A la admisibilidad o evidencia de aquellas leyes o principios, en cuanto puedan estar al alcance de los conocimientos del juez; (1)

4º.—A los medios de observación empleados por los peritos para llegar a esas conclusiones;

5º.—A la fuerza de convicción que, en la conciencia del juez, ejerza la exposición de motivos con que los peritos justifiquen sus conclusiones.

Un informe destituido de fundamentos o motivos o que no guarda relación con el conjunto de datos constantes del proceso, o en que se deduzcan conclusiones fijas y precisas de principios o antecedentes que los mismos peritos reconozcan como contingentes o meramente probables (o que efectivamente lo sean, aunque no lo reconozcan los peritos), o traídos con ligereza y sin trabazón entre sí, etc., pónese al juez en el caso de usar de la facultad consignada en nuestro Art. 82.

(1) "Un juez no está obligado a olvidar lo que él mismo sepa en la materia a que el informe se refiere", dice Mittermaier: "pero debe evitar el extralimitarse en esto, dándose las de técnico en puntos extraños a la ilustración general que en él debe suponerse". Y el señor de La Lama agrega: "En los juicios no se presentan nunca cuestiones técnicas tan arduas que se hallen fuera del alcance de la inteligencia y de los conocimientos generales de los encargados de administrar justicia. El juez, frecuentemente, se considera en posesión de razones que demuestran, a su juicio, lo erróneo de una opinión profesional. Debe permitírsele exponerlas y motivar sobre ellas la sentencia".

309.—Discordia de los peritos.—Manera de dirimirla.—Mérito legal del informe del perito dirimente.—Discordia entre tres o más peritos.

Si los peritos discuerdan, deben expresar en el informe los puntos de discrepancia, y exponer las razones en que cada una apoya su dictamen. Si prefieren informar por separado, cada uno debe hacer notar los puntos en que discuerda de sus compañeros, y los fundamentos de su opinión. No pueden abstenerse de informar, a pretexto de estar en desacuerdo.

Presentados los informes discordantes, el juez, de oficio o a petición de parte, nombra el perito dirimente, el cual puede conformarse o no con alguno de los anteriores, y su dictamen **prevalece** en la causa, según el lenguaje de nuestro Código (Art. 77), es decir, constituye el informe pericial.

Ese artículo fue redactado de acuerdo con el antiguo sistema que no reconocía al juez la libertad de apreciación del dictamen pericial; y entonces el **prevalecer** significaba que el informe del tercero constituía prueba plena, a la que debía atenerse el juez, y los dictámenes de los otros peritos no tenían valor alguno en los puntos de la discordia. Ahora, conforme al nuevo sistema, el informe del tercero está sujeto a la apreciación y al prudente criterio del juez, con arreglo al Art. 82, del mismo modo que el emitido, de acuerdo, por todos los peritos.

Sólo que, como hemos dicho, aquel informe —el del tercero— se ha de considerar en la causa como el informe pericial; y los de los peritos discrepantes pueden servir como ilustrativos, a fin de que el juez ejerza, con mejor criterio y conocimiento, aquella facultad de apreciación.

En lo penal, la ley declara que no hay informe pericial sino con el dictamen conforme de dos peritos, como ya lo indicamos (prop. 302).

Si la discordia está en el relato de los hechos, el juez deberá atenerse a lo que él mismo observó en la diligencia (caso de que haya habido inspección judicial, como casi siempre sucede); y si aquello no consta de autos, puede, si lo estima conveniente, ordenar nueva inspec-

ción judicial, a la que debe concurrir también el tercero en discordia.

Tres o más peritos.—El Código, al tratar de la discordia entre los peritos, procede en el supuesto de que éstos son dos, como si en todo juicio no hubiera sido un actor y un demandado. Puede, empero, suceder y sucede que las partes sean más de dos (como en los juicios de inventario, de deslinde y hasta en los ordinarios, ejecutivos, posesorios, etc., en que hay dos o más demandantes o demandados que no están en el caso de nombrar un solo procurador), y si los peritos nombrados por ellas son tres o más, el dirimente que el juez designe no será numéricamente, **tercero**, como dice la ley, sino **cuarto**, **quinto**, etc. Pero el juez tendrá que hacer ese nombramiento, aunque entre los peritos nombrados por las partes, la mayoría opine de un modo y la minoría de otro. La mayoría, por numerosa y respetable que sea, no excluye el concepto de **discordia** entre los peritos; y la discordia hace, según la ley, necesario el nombramiento del dirimente, cuyo dictamen debe prevalecer en el sentido que hemos explicado, pero sujeto a la apreciación del juez, conforme al Art. 82.

310.—Defectos del informe: oscuridad, insuficiencia, errores.— Modo de anotarlos y corregirlos.— Error esencial.— Sanciones.

La **oscuridad** del informe contraviene al primero de los requisitos, que, en orden a la forma o redacción del dictamen pericial, prescribe expresamente la ley, en el Art. 75, la **claridad**.

La **insuficiencia** puede provenir, ya de haber omitido los peritos la contestación o explicación concerniente a alguno o algunos de los puntos a que debía concretarse el informe; ya de falta de los motivos o fundamentos que, según el mismo precepto legal, deben acompañarse a las conclusiones periciales.

El **error** puede estar en los antecedentes o fundamentos del informe, en la exposición de los hechos o descripción de las cosas, o en las apreciaciones o conclusiones técnicas.

El error puede depender, ya de culpa de los mismos peritos, ya también de no habérselos suministrado los datos necesarios; v. gr. si tratándose de la mensura de un predio, no se les ha hecho conocer bien los linderos, y por esto los peritos han incluido terrenos extraños o han prescindido de los propios; o si, para el cómputo de los semovientes, no se ha practicado un rodeo exacto o no se han puesto a la vista todos los animales, etc. y los peritos han hecho figurar en el informe un número falso.

Modo de anotar y corregir los defectos.—La ley no establece un procedimiento general para estos casos; mas, teniendo en cuenta lo que dispone al tratar, en especial, de ciertas diligencias (inspección judicial, Art. 307; inventario, Art. 712; deslinde Art. 744; servidumbre de acueductos, Art. 782; etc.) se ha establecido la razonable práctica de poner en conocimientos de las partes el informe, en cuanto lo presentan los peritos, para que, dentro de un término prudencial que el juez les concede, puedan hacer observaciones. Si consideran oscuro o insuficiente el informe, solicitan aclaración o ampliación, y el juez la ordena, de plano, (1) si a su juicio es atendible la petición. Además, el juez puede también ordenarla de oficio, sea a los mismos peritos o a otros, en cuanto le parezca conducente al esclarecimiento de la verdad (Arts. 75 y 82).

Si las partes alegan o el juez considera ser erróneo el informe, y si se trata de errores de hecho capaces de influir en la decisión de la litis y susceptibles de compensarse por otros medios, el caso constituye un incidente, que debe tramitarse oyendo a la otra parte y concediendo, si es necesario, un término prudencial de prueba.

Si resulta provenir el error de falta de datos que debieron darse a los peritos o de otra causa independiente de éstos, no hay razón para que no sean los mismos peritos los que corrijan el error.

(1) **De plano** significa sin oír a la otra parte ni formar incidente.

Error esencial.—El Código prevé, en los Arts. 75 y 82, el caso de informes oscuros o insuficientes; y sin decir nada, de un modo general, sobre los errores, consigna en el Art. 76 una regla aparte, desconocida en el mundo jurídico, sobre error esencial, disponiendo que, comprobado dicho error sumariamente, mande el juez, a petición de parte o de oficio, que se corrija el informe por otros peritos sin perjuicio de la responsabilidad de los primeros en caso de dolo o mala fe.

Este Art. 75, literalmente copiado del 266 del Código Penal antiguo, se ha conservado hasta ahora en nuestro Código desde 1869, sin la menor alteración; pero ni en éstos ni en su modelo ni en expositor alguno, se define o explica el concepto de error esencial, de modo aplicable al presente caso.

A propósito del consentimiento indispensable para el valor de los actos o declaraciones de voluntad, dice el Código Civil en el Art. 1444:

"El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

"El error acerca de cualquier calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte."

De acuerdo con este criterio, y ateniéndonos al sentido natural de las palabras, diríamos que hay **error esencial** si éste recae en la esencia misma de la cosa, de modo que la convierta en otra diversa; v. gr. si se tasa como plata lo que es latón o como diamante una piedra falsa. Mas quizá el legislador no pensó reducir su regla dentro de tan estrechos límites, y quiso hablar de cualesquiera errores que para el éxito de la cuestión contravertida, fuesen sustanciales o decisivos y que pudiesen

demonstrarse con evidencia por otros medios rápidos (sumariamente) (1).

Una de las acepciones del vocablo **esencial** es, según el Diccionario, **principal, sustancial, notable**.

No recordamos ningún caso práctico en que se haya tratado de **error esencial** de peritos, ni hay nada al respecto en la Jurisprudencia de los Tribunales publicada en la "Gaceta Judicial"; y estamos seguros de que sería cuestión práctica embrollada y difícil, cualquiera en que se discutiese sobre esa clasificación de un error pericial.

Mas aun, creemos que el trámite legal tendería que ser el mismo, siempre que se tratase de cualquier error de hecho, capaz de influir en la decisión de la litis.

Lo más razonable sería, por tanto, suprimir del Código el Art. 76, como se lo ha suprimido en el nuevo Código peruano y como lo suprimió nuestra ley de 1885; tanto más cuanto, desde entonces, quedó agregado al Código el artículo que lleva ahora el N° 82, y consagra el sano principio de la libertad del criterio judicial para la apreciación de los informes de los peritos.

Con ese artículo y sin él, la alegación de error en el informe constituye un incidente para cuya resolución debe el juez conceder, como hemos dicho, un término prudencial de prueba, si hay hechos justificables, esto es,

(1) El ilustre comentarista peruano don Miguel de La Lama justifica en los términos siguientes, la eliminación de ese artículo en el Código nuevo: "La tacha de error esencial y la obligación de recibirla a prueba que establece nuestro anterior Código, son consecuencias del sistema objetivo de apreciación de la prueba pericial. Dándole el valor fijo de prueba plena, el sentido de ella decide el litigio, y de ahí que, con cierta lógica, el anterior Código franquee a los interesados el recurso de tacha para intentar destruir un dictamen adverso. Pero en buena doctrina, el dictamen pericial no debe tener nunca fuerza decisiva sino ilustrativa: los profesionales son llamados a guiar el criterio de la justicia no a imponerle ciegamente sus opiniones. El juez debe estar facultado para separarse de la opinión de los peritos si la juzga errónea. Y, como consecuencia de este régimen de libre apreciación subjetiva, los recursos que ahora se conceden a las partes contra el dictamen, deben reservarse para usuarios contra el fallo mismo, o sea contra la manera como el juez aprecia la opinión pericial".

Haciendo nuestras esas observaciones, opinamos que debiera también eliminarse de nuestro Código el artículo sobre error esencial, que no sirve sino para suscitar incidentes largos y las más veces temerarios.

hechos que no constan en autos y sobre los cuales están discrepantes las partes, o que, a juicio del juez, deben esclarecerse.

Si los peritos yerran en la estimación que ellos debían hacer de las cosas, prudencialmente, v. gr. en la tasación de las especies, dándoles un valor exagerado o mínimo, no cabe alegar error esencial. En tal caso, quédales a las partes el derecho de hacer observaciones, y al juez la facultad que le concede el Art. 82.

Sanciones.—Conocemos ya las penas en que incurren, tanto el que se niega a servir de perito, como el que, habiendo aceptado el cargo, omite o retarda desempeñarlo.

El Código de Enj., al tratar del error esencial, termina diciendo en el Art. 76: "sin perjuicio de la responsabilidad en que los anteriores hubieren incurrido por dolo o mala fe". Esta responsabilidad sería sólo civil, por daños y perjuicios; pues el Código Penal no prevé el caso en ninguno de sus artículos.

Sólo cuando el proceder erróneo o injusto de los peritos depende de soborno o cohecho, es decir, de dádivas o promesas de algún interesado, puede ser aplicable, en nuestro concepto, el Art. 241, que dice:

"Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público, que por oferta o promesas aceptadas, por dones o presentes recibidos, hubieren ejecutado, en el ejercicio de su cargo, un acto injusto, o se hubieren abstenido de ejecutar un acto que entraña en el orden de sus deberes, serán castigados con tres a seis años de reclusión menor, y con multa de cuarenta a cuatrocientos sureses, a más del triple de lo que hayan percibido".

Evidente es que los peritos son encargados de un servicio público, atenta la naturaleza y el fin de su institución. Pero creemos que debe reformarse el Código Penal, incluyendo también, de modo expreso, a los peritos entre las personas que pueden incurrir en prevaricación, cuando faltan a sus deberes por afecto o desafecto o por interés personal, como dice el Art. 234, que menciona a los jueces, árbitros, asesores y demás empleados públicos oficiales y curiales (véase prop. 298, al fin).

311.—Honorario de los peritos.

La Sección XVI de la Ley de Aranceles trata de los peritos, y tiene un solo artículo que dice:

"Art. 38.—Los profesores de ciencias o artes que, teniendo título académico, intervengan como peritos, ganarán cuatro sureses por la primera hora de trabajo, y un sures por cada una de las demás horas. Por razón de viaje, los mismos derechos de los Escribanos. Si no tienen título académico, ganarán sólo la mitad de los derechos".

Aquí tenemos, pues, una razonable distinción entre los peritos titulados y los no titulados. Los segundos valen la mitad.

En la Sección XXIV —Disposiciones comunes— establece el Art. 59 una sanción de multa para los que llervaren mayores derechos que los asignados en esa ley; pero el inciso 2º hace una justa excepción respecto de las personas que intervienen en los juicios, sin ser empleados públicos, y entre ellas cuenta a los peritos. Dice así:

"No obstante, los peritos, intérpretes, depositarios, apoderados, amuebles y curadores especiales, podrán estipular con las partes su retribución; mas, si en virtud de condenación judicial, debiere pagar costas la parte vencida, no responderá ésta sino de los derechos fijados por la ley, a menos que hubieren aceptado también la retribución convencional".

El Art. 50, en las mismas Disposiciones comunes establece un aumento del 50% para el Litoral; y por Decreto Legislativo de 1919 se igualó la Sierra con la Costa, haciendo extensiva a ella ese aumento (fojas 9 del Anuario). Y el Art. 48 advierte que en los aumentos de menor cuantía se cobrará la mitad de los derechos señalados por la ley.

312.—Peritos extrajudiciales.

Al encabezar la ley la materia de los peritos, dice en el Art. 69: "Se nombrarán peritos para los asuntos litigiosos que demanden conocimientos sobre alguna ciencia, arte u oficio". Las reglas legales de esta sección y la doctrina que hemos expuesto, refiérense, pues, a los peritos judiciales.

Los extrajudiciales, v. gr. los que se nombran privadamente para la entrega del fundo al arrendatario o para la devolución al arrendador, para un cómputo de mejoras o peorías, para fijar el precio de una cosa que se vende, para liquidaciones, balances de cuentas, etc., deben regirse por la convención de las partes.

En consecuencia, profesores o no profesores, no están obligados a aceptar el cargo; y si lo aceptan, no tienen necesidad de hacerlo ante el juez ni de prestar juramento, a menos que los contratantes así lo hubieren pactado.

Si hay discrepancias en los dictámenes de los peritos extrajudiciales, las mismas partes deben nombrar el dirimente o arreglar el asunto de diversa manera; y sólo cuando falta el acuerdo de las partes, y el caso llega a ser litigioso, puede intervenir el juez y aplicar las reglas de esta sección.

El informe concorde de los peritos nombrados en virtud de un contrato, v. g. para fijar el precio de una cosa que se vende o de cosas que se permutan, es obligatorio para las partes, porque en cierto modo se incorpora en la convención y forma parte de ella (1). Y si se trata de decidir alguna cuestión jurídica (de hecho o de derecho) en que estén discordes las partes, los peritos vienen a ser verdaderos árbitros, y deben observar las correspondientes solemnidades prescritas por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De los intérpretes

313.—Naturaleza de la función de los intérpretes.—Analogía con la de los peritos.—Consecuencias.

Nuestro Código y su principal modelo el peruano antiguo, son quizá los únicos que dedican capítulo aparte a los intérpretes, cuya función es esencialmente pericial, y no difiere de la de los peritos en general, sino como la especie difiere del género. Son, pues, intérpretes las personas que, por tener la pericia o capacidad necesaria, son llamadas para la inteligencia o traducción de documentos escritos en caracteres anticuados o desconocidos o en idioma extranjero, o para tomar declaración a los que ignoran el idioma castellano.

Síguese de allí que a los intérpretes se aplican, y no pueden menos que aplicarse, las reglas generales relativas a los peritos, en cuanto no haya para ellos disposición especial.

314.—Necesidad legal del nombramiento de intérpretes.—Efectos de la omisión.—Confesión del mudo o del que ignora el idioma.

Aunque el juez posea los conocimientos o datos necesarios para interpretar o traducir por sí mismo los documentos, o para examinar a los declarantes y comprender y redactar la declaración, debe hacerse el nombramiento de intérpretes, en virtud de los preceptos legales que estamos estudiando (Arts. 83 y 84), fundados en la máxima jurídica que arriba recordamos y que es perfectamente aplicable a este caso: *Non sufficit ut judex sciat, sed nescese est ut ordine juris sciat*.

En los procesos judiciales y demás actuaciones o documentos públicos debe emplearse el idioma oficial, el castellano; y, por lo mismo, no pueden tomarse en cuenta ni surtir efecto las piezas o diligencias escritas en otro idioma o en signos o caracteres extraños.

Si se trata de declaraciones rendidas judicialmente—ora sean confesiones o reconocimientos que otorguen las partes, ora deposiciones de testigos—la intervención

(1) C. V. Concha.—Pruebas judiciales.